

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS 2011
PLAN DE ESTUDIOS 1993**



**“LAS INNOVACIONES DE LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA
NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN RELACION CON LA REGULACION QUE
HACE EL CODIGO DE FAMILIA”**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTAN:

**CARLOS EDUARDO MELGAR RIVAS
OSCAR GERARDO MENDOZA TORRES**

**LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO Y ASESOR**

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JULIO DE 2011

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO RUFINO ANTONIO QUEZADA SÁNCHEZ
RECTOR

ARQUITECTO MIGUEL ÁNGEL PÉREZ RAMOS
VICERRECTOR ACADÉMICO

LICENCIADO OSCAR NOÉ NAVARRETE ROMERO
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LICENCIADO DOUGLAS VLADIMIR ALFARO CHÁVEZ
SECRETARIA GENERAL

DOCTOR RENÉ MADECADEL PERLA JIMÉNEZ
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JOSÉ HUMBERTO MORALES
DECANO

LICENCIADO OSCAR MAURICIO DUARTE GRANADOS
VICEDECANO

LICENCIADO FRANCISCO ALBERTO GRANADOS
SECRETARIO

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
DOCENTE DIRECTOR DE SEMINARIO

AGRADECIMIENTO

A mi señor Dios todo poderoso, porque gracias a el y a su gran misericordia me permite ahora culminar uno de mis mas grandes sueños y a demás su mano poderosa siempre estuvo a mi lado en los momentos mas difíciles en el desarrollo de mi carrera y gracias a el ahora me permite disfrutar del éxito.

A mi mamá Doris Elizabeth Rivas de Roque, por el apoyo incondicional que siempre me ha dado y por sus palabras de aliento y fortaleza para seguir adelante, por lo que ahora puedo decirte querida madrecita que he logrado cumplir uno de tus grandes anhelos al verme ahora coronar mi carrera Universitaria, Te Amo.

También se lo dedico a mis hermanos y demás familiares, que de alguna manera me apoyaron en la carrera.

A mi novia Ana Delmy Valencia Pastrán, por su apoyo incondicional desde el primer momento que la conocí lo que ahora me permite ahora alcanzar este Objetivo, te doy las gracias mi amor por ser una de los pilares más importantes en mi vida, para poder concluir esta carrera. Te Amo.

A las persona e instituciones de nos brindaron su apoyo a lo largo de esta investigación.

A todos los lectores que de alguna manera ocasión consultaran nuestro trabajo, para su enriquecimiento académico.

Carlos Eduardo Melgar Rivas

AGRADECIMIENTOS

Doy gracias a Dios por haberme concedido la vida y permitirme lograr coronar mis esfuerzos con el triunfo alcanzado.

A la Universidad de El Salvador por haberme dado la oportunidad de demostrar que cuando una persona quiere superarse lo logra.

Existen muchas personas a las cuales agradecerles, ya que han sido una parte muy fundamental en mi vida, a Rosita, Chabelita y Gloria Pantoja por haberme dado su apoyo en los momentos que más he necesitado; a mi padre, Miguel Ángel Mendoza, por haberme apoyado a cumplir esta meta, a mi abuelita María Isabel, por haber sido de inspiración cada día en mi vida y haberme dado todo su apoyo moral y espiritual, a mi hermano Miguel por haberme apoyado durante las noches que cansado llegaba a casa.

Al Licenciado Luis Moisés Carranza Velado por haberme apoyado en todo momento.

En honor a aquellas personas que murieron y me enseñaron que con honor se escribe la historia, a mi madre María Priscila Torres y a mi hermano Fernando Torres.

Oscar Gerardo Mendoza Torres.

INDICE

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO 1	1
1.1 SÍNTESIS DEL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	1
1.1.1 Planteamiento Del Problema.....	1
1.1.2 Enunciado del Problema y Formulación del Tema.	5
1.2 JUSTIFICACIÓN	7
1.3 OBJETIVOS	10
1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	11
1.4.1 Espacial.....	11
1.4.2 Temporal	11
1.4.3 Técnico Conceptual.....	12
1.5 HIPÓTESIS Y OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS.....	13
1.5.1 Sistema De Hipótesis	13
1.5.2 Proceso De Operacionalización De Hipótesis	14
1.6 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	14
1.6.1 Investigación Bibliográfica	15
1.6.2 Tipo De Investigación	17
CAPITULO 2.....	18
2.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PROTECCION DELA NIÑEZ.....	18
2.1.1 Antecedentes Históricos a Nivel Mundial.....	18
2.1.2 Antecedentes de la Convención sobre los Derechos Del Niño.....	20
2.1.3 Celebración de la Convención.....	23
2.1.4 Los principios Fundamentales de la Convención.....	26
2.1.5 La repercusión de la Convención en las Legislaciones Nacionales Sobre los Derechos de la Infancia.....	31
2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL SALVADOR.....	34
2.2.1 Antecedentes Constitucionales.....	34
2.2.2 Antecedentes en la Legislación Secundaria.....	36

2.2.2.1	La Regulación de los Derechos de la Niñez Antes de La Celebración de la Convención.....	36
2.2.3	Primeros efectos de la Convención en el país.....	44
2.2.4	El Proceso de adaptación de la Legislación Interna a la Convención.....	47
2.2.5	La elaboración del Código de Familia.....	51
2.2.6	El Comité de Derechos del Niño y su papel en la formación de la Ley dedicada a la niñez salvadoreña.	53
2.2.7	La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	56
CAPITULO 3.....		58
3.1 ANALISIS DOCTRINARIO DE LA NIÑEZ.....		58
3.1.1 Doctrina de la Situación Irregular.....		59
3.1.1.1 Apreciación Histórica.....		59
3.1.1.2 Características Relevantes.....		60
3.2 Doctrina de la Protección Integral.....		64
3.2.1 Conceptualización de la Protección y de Niño.....		68
3.2.2 Características Relevantes.....		70
3.3 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....		71
3.4 Diferencia entre Ambas Doctrinas.		72
CAPITULO 4.....		76
4.1 DERECHO COMPARADO.....		76
4.1.1 Análisis Comparativo de los diferentes Cuerpos Normativos a Nivel Suramericano y Centroamericano que velan por la Protección de los Derechos de la Niñez.....		76
4.1.2 Celebración y Ratificación de la Convención de los Derechos del Niño.		77
4.2 Retos del cambio de Paradigma de la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de Protección Integral.....		79
4.3 Adecuación de la Normativa Interna a la Luz de la Convención de Los Derechos Del Niño.		82

4.4	Análisis Comparativo de los Procedimientos Judiciales Garantes del Acceso a la Justicia de la Niñez y la Adolescencia en Suramérica y Centroamérica.	89
4.4.1	Legitimación para Presentar la Demanda	89
4.4.2	Competencia Judicial para conocer de los Procesos En Cada País.	92
4.4.3	Oralidad del Proceso	96
4.4.4	La Fase Conciliadora.....	98
4.4.5	Fase Probatoria	102
4.1.6	Valoración de los Medios Probatorios	105
4.4.7	Interposición de Recursos	107
4.5	Avances Alcanzado después de 20 Años de la Ratificación de La Convención de los Derechos del Niño en Suramérica y Centroamérica.....	115
4.6	Retrocesos Regionales de Centroamérica y Suramérica Que Afectan los derechos del niño.	121
4.7	Principales Problemas Vinculados al Cumplimiento de los Derechos del Niño en Centroamérica y Suramérica.	125

CAPITULO 5.....		129
5.1	Innovaciones de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia En Relación con la regulación que hace El Código de Familia.....	129
5.1.1	Protección Constitucional de la Familia.....	129
5.1.1.1	Principios Rectores del Código de Familia.....	131
5.2	La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.....	136
5.2.1	Principios rectores.....	141
5.3	Innovaciones que presenta la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su libro Primero en comparación con el Código de Familia.....	152
5.3.1	Disposiciones preliminares.....	154
5.3.2	Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral.....	155
5.3.3	Derechos de Protección.....	159
5.3.4.1	Integridad Personal y libertad.....	159
5.3.3.2	Defensa material de sus derechos.....	162
5.3.4	Protección de la Persona Adolescente Trabajadora.....	170

5.3.5	Derechos al Desarrollo.....	171
5.3.6	Derecho de Participación.....	173
5.3.7	Deberes de las Niñas, Niños y Adolescentes.....	176
5.4	Innovaciones que incorpora la LEPINA al Código de Familia.....	176
5.4.1	Actos de Uno de los Padres	177
5.4.2	Cuidado Personal.....	178
5.4.3	Deber de Convivencia	179
5.4.4	Relaciones y Trato.....	180
5.4.8	Desamparo del Hijo	181
5.4.9	Hijos Ausentes Del Hogar	182
5.4.10	Derecho de Alimentos	183
5.5	INNOVACIONES QUE PRESENTA LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN SU LIBRO II EN COMPARACIÓN CON LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE FAMILIA.....	185
5.5.1	Disposiciones Generales del Libro Segundo.....	185
5.5.2	Componente Administrativo de las Garantías de los Derechos Colectivos y Difusos en la LEPINA.....	187
5.5.3	Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia.....	190
5.5.4	Comités Locales de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia.....	191
5.5.5	Juntas de Protección de la Niñez y de la Adolescencia	193
5.5.6	Red de Atención Compartida.	195
5.5.7	Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez Y la Adolescencia.....	197
5.5.8	Asociaciones de Promoción y Asistencia a los Derechos de la Niñez y Adolescencia.	200
5.5.9	Régimen de Infracciones.....	201
5.5.10	Procedimiento Administrativo.	204
5.6.	Innovaciones que presenta la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su Libro III.	208
5.6.1	Administración de Justicia.	208
5.6.2	Partes que Intervienen en el Proceso.....	210
5.6.3	Principios Rectores de la Actividad Procesal.	211
5.6.3.1	Principio de Legalidad.....	212
5.6.3.2	Principio de Contradicción.	212
5.6.3.3	Principio de Igualdad.	212

5.6.3.4	Principio de Disposición.....	213
5.6.3.5	Principio de Oralidad.....	214
5.6.3.5	Principio de Inmediación.....	214
5.6.3.6	Principio de Concentración.....	214
5.6.3.7	Principio de Publicidad.....	215
5.6.3.8	Principio de Gratuidad.....	216
5.6.3.9	Principio de Inmediación.....	217
5.6.4	Adopción de medidas cautelares y de protección.....	217
5.6.5	Proceso General de Protección y Proceso Abreviado.....	222
5.6.5.1	Proceso General de Protección.....	222
5.6.5.2	Proceso Abreviado.....	225
CAPITULO 6.....		230
6.1	CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	230
6.1.1	Conclusiones.....	230
6.2	Antecedentes Históricos.....	230
6.3	Doctrinas de la niñez.....	231
6.4	Derecho comparado.....	232
6.5	Innovaciones que presenta la LEPINA.....	233
6.6	Observaciones y recomendaciones.....	235
BIBLIOGRAFIA.....		247
ANEXOS.....		254

INTRODUCCIÓN

Como resultado del proceso de investigación se pretende principalmente comprender y entender la magnitud de la efectividad de las innovaciones que incorpora la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia en relación a la regulaciones que hace el código de familia y al mismo tiempo determinar cual es el avance que conllevara la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico la nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia como base fundamental que garantice el respeto de los derechos y garantías que regulan el interés superior del niño y de la niña, así como también generar conciencia de la importancia de hacer cumplir todos los compromisos que la nueva ley contempla como medio de protección de la niñez Salvadoreña, considerándose de esta manera se puede dar respuestas a los vacíos legales y a la inseguridad jurídica que a existido por la falta de un marco jurídico orientado a vigilar por el interés superior de la niñez en nuestro país.

Se analizara de manera minuciosa la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Niña, convenio que nuestro país lo ratifico en 1990, así como también la Nueva Ley de Protección de la Niñez y Adolescencia, y los diferentes cuerpos normativos que protegen a la niñez de la Guatemala, Honduras, Costa rica, Nicaragua y El Salvador, así como también en Sur-América en los países de Uruguay, Venezuela y Colombia y en este sentido establecer los compromisos a cumplir por cada uno de los Estados antes mencionados, pero con mayor enfoque en El Salvadoreño.

Haciendo un análisis comparativo encontraremos que los países antes mencionados, están un paso adelante en materia de protección de la niñez, y en este sentido verificar cuales son las mejores políticas implementadas por

cada uno de estos países y que por ende han logrado dar un mayor cumplimiento a lo que establece la convención, ya que en El Salvador, existen ciertos cuerpos normativos que son disonantes; esto en razón de que muchas las políticas implementadas tanto por el Estado y por los sectores de la sociedad, no han logrado dar un verdadera respuesta, para velar por la protección de las niñez salvadoreña, así como también las instancias judiciales de protección de no están orientada a velar por la protección del interés superior del niño esto en razón de que las autoridades encargadas no respetan la defensa y protección de dichos derechos de la niñez Salvadoreña.

En este sentido se identificara los Órganos e instituciones que están obligados a velar por el fiel cumplimiento la nueva Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia para verificar el cambio de paradigma del reconocimiento que hace de la niñez como sujetos plenos de derecho a diferencia del reconocimiento que el Código de familia de la niñez como sujetos de protección, y de esta manera mera identificar los mecanismos legales y novedosos que les reconoce la LEPINA, para la niñez y adolescencia de nuestro país pueda actuar legalmente en la defensa y difusión de los derechos de los niños y las niñas al vérselos vulnerados, ya sea por la sociedad y el mismo estado.

CAPÍTULO 1

1.1 SÍNTESIS DEL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.1. Planteamiento Del Problema

La Constitución de la República de 1983 regula en el artículo 1 inciso segundo “Que reconoce como persona humana a todo ser humano desde el instante de la concepción; estableciendo especialmente en el artículo 34 y 35 la obligación que tiene el Estado de brindar protección a los niños de nuestro país; esta es la razón por la cual el Estado ha buscado que sus políticas estén orientadas a dar este fiel cumplimiento. Ya que los menores son considerados como un grupo en edad muy vulnerable que es preciso proteger¹.

Es por ello que la Convención sobre los Derechos del Niño² fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; y en El Salvador fue aprobada por medio del Acuerdo Ejecutivo número 237, del 18 de abril de 1990 y publicado en el Diario Oficial Tomo 307 el 9 de mayo de ese mismo año, constituyéndose desde entonces como el más importante instrumento jurídico de carácter universal de protección a los derechos de la infancia, al reconocer tanto los derechos civiles como los derechos económicos, sociales y culturales que requiere la niñez para su supervivencia y desarrollo integral; a su vez es por medio de este instrumento que el Estado de El Salvador asumía la obligación de adecuar su legislación interna a los mandatos de la referida Convención, es decir se

¹ Riverlrrar Belrnsre, Isaac; Convención sobre los derechos de niño y ciudadanía; pág. 49.

² Diario Oficial numero 108, Tomo 307, del 9 de mayo de 1990.

inicia en el país un proceso de adecuaciones institucionales y legales tendientes a la dignificación de la niñez, marcado por la transición de la visión de niño como objeto pasivo de protección y cuidado, hacia una concepción del niño y la niña como sujetos de derechos, obligaciones, libertades y garantías especiales, es decir, por medio de este instrumento que se deja atrás la Doctrina de la Situación Irregular para adoptar la Doctrina de la Protección Integral.

Para cumplir con lo establecido en la Convención se el crea Código de Familia³, el cual entraría en vigencia el 1 de octubre de 1994, el cual adopta la Doctrina de la Protección Integral reconociéndola dentro de sus principios rectores, logrando así, en ese momento según la visión de país adecuarse a lo establecido en la Convención. Pero que en realidad no lo había logrado, ya que en el en Libro Quinto de esta ley únicamente los reconocía como sujetos de protección, otorgándoles derechos; por lo que se hacía ver que aun se encontraba vigente la Doctrina de la Situación Irregular, ya que los niños seguían siendo objeto de tutela, en ese sentido el Comité de Derechos de Niño, creado por la Convención sobre los Derechos del Niño para dirigir el cumplimiento de la misma, había observado dicha situación en su informe CRC/C/15/Add.9, del 18 de octubre de 1993, en el punto número 9 al analizar la normativa de familia que entraría en vigencia.

Es por ello que uno de los principios más importantes en el que se fundamenta y orienta el nuevo paradigma instaurado por La Convención de los Derechos del Niño es el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derechos.

³ Publicado en el Diario Oficial Numero 231, tomo 321 de fecha 13 de diciembre de 1993.

En este sentido “se entiende por protección integral de los niños y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en el desarrollo del principio del interés superior”⁴.

De acuerdo a esta doctrina el niño, niña y adolescente tienen derechos que se les conceden por el solo hecho de ser persona humana, lo novedoso es que tiene capacidad para poder exigir un derecho que se le ha vulnerado, es decir son considerados como sujetos plenos de derecho; pero según el Código de Familia aun adoptando la doctrina de la protección integral no le da esta capacidad.

Resulta claro entonces que ha existido la falta de interés por parte de El Estado salvadoreño para darle fiel cumplimiento a lo establecido por la Convención sobre la concepción que se debe de tener de los niños como sujetos de derechos.

Para dar solución a la situación en que se encontraban los menores, el 12 de junio de 2006 la Unidad Técnica Ejecutiva toma la decisión de coordinar el esfuerzo para formular el anteproyecto de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (en adelante LEPINA) con la asistencia técnica y financiera de las Naciones Unidas para la Infancia (en adelante UNICEF); el cual fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 26 de marzo de 2009, el 15 de abril de ese mismo año fue sancionada por el Presidente Elías Antonio Saca y aparece publicada en el Diario Oficial el 16 de abril de 2009, en el que

⁴ Hernán Restrepo Mesa, Niños, niñas y adolescentes sujetos de Derechos.

se estableció que la Ley, entraría en vigencia un año después, es decir, el 16 de abril de 2010.

La LEPINA, 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, lo que se traduce en efectivos procedimientos administrativos y judiciales a través de políticas, planes y programas con la debida participación social en las 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. Es por medio de esta ley que se pretende cumplir el compromiso del Estado de brindar la capacidad que ellos necesitan para exigir sus derechos.

En el Artículo 50 de la LEPINA se indica que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a la defensa material de sus derechos cuando dice: “Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a defenderse con todos los medios que la Ley disponga, ante cualquier persona, entidad u organismo, sea este público o privado.

Asimismo, tienen garantizada la protección administrativa y judicial, la cual implica la posibilidad de acudir ante las autoridades competentes, ya sea directamente o por medio de su madre, padre, representantes o responsables, conforme a las disposiciones de esta Ley.

Es por ello que para el ejercicio de este derecho, el Estado debe garantizar la asistencia y la representación jurídica gratuitas a niñas, niños y adolescentes”. Ya que el Código de Familia nos presenta a los niños como sujetos de protección por lo que siguen siendo objeto de tutela de quien

tiene la representación legal, por lo que los niños no pueden actuar por si mismos ante las autoridades competentes cuando sus derechos se les ha visto vulnerados; y la LEPINA los ve como sujetos plenos de derecho, es por esto que se hace necesario que se supere el sistema tradicional de las capacidades, Entiéndase como capacidad “la aptitud legal que tiene una persona para ser sujetos de derechos y obligaciones con las posibilidad de poder ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones por si mismas”⁵, esto en razón de que en El salvador a las personas menores de dieciocho años solamente se les ha reconocido la capacidad de goce y no de ejercicio, y procesalmente la capacidad es “La aptitud legal para comparecer en juicio por si mismos o en representación de otro, entiéndase la capacidad procesal como una especie de la capacidad de ejercicio”⁶; Es por ello que vuelve de mucha importancia que exista armonía entre ambas, ya que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia reconoce a la niñez como Sujetos Plenos de Derechos.

1.1.2 Enunciado del Problema y Formulación del Tema.

La aplicación de la LEPINA, es un problema, debido a que por ser una ley nueva, es necesario adaptarse a las innovaciones que ella incorpora en materia de Sujetos Plenos de Derechos, y superar la visión tradicional de considerar a lo menores como sujetos de protección, en tal sentido se formula la siguiente interrogante:

⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, instituto de Investigaciones Jurídicas, Pág. 396.

⁶ Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparos, Ignacio Burgoa. Editorial Porrúa Quinta Edición

¿Cuáles son las innovaciones que contiene la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en relación con la regulación que hace el Código de Familia?

En consecuencia de lo anterior el tema de la investigación será:

“LAS INNOVACIONES DE LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN RELACION CON LA REGULACION QUE HACE EL CODIGO DE FAMILIA”

1.2 JUSTIFICACIÓN

El motivo por el cual como equipo de investigación hemos decidido estudiar, **“LAS INNOVACIONES DE LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN RELACION CON LA REGULACION QUE HACE EL CODIGO DE FAMILIA”**, es porque en los últimos años el hacer cumplir los derechos, garantías y la protección de la niñez, es uno de los retos mas importantes para el sector justicia de nuestro país y por demás sectores de la sociedad, esto en razón de que la niñez se ha convertido en uno de los temas más abordados, debido a las diferentes problemáticas que presenta este sector; las grandes violaciones a sus derechos fundamentales son fuentes de análisis jurídico y filosóficos, ya que todas las normas que tienen por objeto su protección integral se basan en valores y principios religiosos, éticos, culturales, jurídicos y sociales.

Nuestra Constitución a través de su articulado ha establecido como origen y fin del Estado la persona humana, y en este sentido ha establecido la obligación de velar por la protección de los derechos de la niñez, derechos que les han sido reconocidos desde el instante mismo de su concepción y de esa manera poder garantizar la seguridad jurídica en el ejercicio y la aplicación de sus derechos.

Para nosotros es de mucha importancia realizar el estudio del tema antes mencionado, esto en razón de que las políticas que el Estado Salvadoreño a utilizado en el transcurso de las ultimas dos décadas no han podido dar respuestas a los grandes vacios legales y sobre todo a determinar cuáles han sido las bases que se han utilizado a través del sector justicia para fundamentar las resoluciones judiciales en la toma de las decisiones al

momento de decretar que ha existido un derecho de los menores que se a vulnerado.

Así como también se vuelve sumamente importante realizar un análisis de las nuevas aportaciones que hace la LEPINA⁷, en relación a la Doctrina de Protección Integral; ya que por medio de esta ley se 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, lo 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.

Realizaremos un estudio exhaustivo y profundo del Derecho Comparado, de los países en los que actualmente una ley protege a la niñez y de esa manera poder visualizar como la niñez y la adolescencia hacen valer sus derechos como verdaderos sujetos plenos de derechos, para lograr con ello dar recomendaciones para que exista una buena aplicación de la LEPINA en nuestro país; con todo esto lo que pretendemos es poder plantear recomendaciones que puedan ser de provecho para que la niñez pueda reclamar sus derechos de una manera efectiva ante el sector justicia y de esa manera dar posibles soluciones ante sus derechos vulnerados, abarcando conjuntamente los distintos aspectos para intervenir dentro de los procedimientos judiciales a que dieran lugar.

⁷ La LEPINA, fue aprobada según D.L. No. 839 de fecha 21 de marzo de 2009 y publicado en el D.O. No. 68, tomo No. 383, de fecha 16 de abril de 2009. Consta de una vacatio legis y su entrada en vigencia para el 16 de abril de 2009.

En este sentido se hace necesario referirnos a esta ley ya que su finalidad, es 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, para cuyo efecto se crea a través de la misma, 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; así mismo, De igual forma en esta Ley, se regulan dentro de las Disposiciones Preliminares: ámbito de aplicación, sujetos obligados, deberes del Estado y Principios Rectores de la Ley, los cuales son: principio del rol primario y fundamental de la familia, principio del ejercicio progresivo de las facultades, principio de igualdad, no discriminación y equidad, principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, principio de prioridad absoluta y naturaleza de los derechos y garantías.

Es por ello que la Ley de Protección de la Niñez y a la Adolescencia surge como el marco jurídico que viene a dar nuevos parámetros de interpretación jurídica y aplicación de la misma ley, teniendo como fin principal orientar a los aplicadores del derecho a una verdadera existencia del reconocimiento de la niñez como sujetos plenos de derecho que tengan como fin primordial la de garantizar una verdadera seguridad jurídica al momento de hacer valer los derechos de la niñez y la adolescencia en El Salvador.

1.3 OBJETIVOS

GENERAL:

1. Presentar un estudio socio jurídico sobre las innovaciones que presenta la LEPINA en cuanto que, reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos a diferencia del Código de Familia que los reconoce como sujetos de protección.

ESPECIFICOS:

1. Conocer el marco histórico de los derechos de la niñez a nivel nacional e internacional.
2. Identificar las diferentes doctrinas que han sido adoptadas en la evolución de los derechos de la niñez hasta la actualidad.
3. Realizar un análisis a partir de la regulación jurídica existente en otro país, para determinar cual es la inspiración que recibe la LEPINA y también para determinar que aspectos positivos son los que determinan su buena aplicación.
4. Desarrollar un análisis sobre la evolución de los derechos de la niñez en nuestro país.
5. Identificar cuales son las innovaciones que presenta la LEPINA, logrando con ello identificar los retos que la misma presenta, haciendo una crítica constructiva para facilitar recomendaciones.
6. Realizar un análisis de las diferentes doctrinas de la niñez para determinar cual es la dimensión que tiene cada una de ellas, logrando identificar las críticas que han surgido en cuanto a su aplicación en nuestro país.

7. Identificar cuales son los derecho que la niñez puede ejercer por si solo, sin necesidad que sus padres lo representen según la LEPINA.
8. Determinar que dificultades existen en cuanto a la aplicación de la Doctrina de la Protección Integral en nuestro país.

1.4 DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Con la finalidad de que esta investigación sea un aporte significativo para la sociedad salvadoreña en general y a la comunidad universitaria en específico, es menester circunscribir la misma a determinados ámbitos: espacial, temporal y teórico conceptual; siendo así, que este trabajo se regirá en los siguientes limites:

1.4.1 Espacial

El espacio geográfico en el que se realizara la investigación es todo el territorio nacional; ya que la “**Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia**”, es ley de la República y por ende rige para todo el país (art. 139 y 140 Cn, art. 6 CC); lo que no obsta por supuesto realizar análisis comparativos con la normativa de otros países (Países inspiradores de la LEPINA), así como las distintas normas de Derecho internacional que regulan la materia.

1.4.2 Temporal

La delimitación temporal o cronológica de la presente investigación inicia desde 1924, año en que se aprueba la Declaración de Ginebra, instrumento

que da origen a los derechos de la niñez a nivel mundial, este nos servirá porque realizaremos un esbozo histórico sobre la evolución de los derechos de la niñez hasta el año 2010, esto en razón de que es el año en que la LEPINA entro en vigencia, aunque de forma parcial.

1.4.3 Técnico Conceptual

Al estudiar estas dos legislaciones se vuelve de mucha importancia establecer cuales son las innovaciones que conlleva la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en relación con el Código de Familia, por lo tanto la delimitación se da en relación al contenido de ambos ordenamientos jurídicos; es esta la base de nuestra investigación, ya que es necesario comprender:

- ¿Cuál es la evolución Histórica que han tenido los Derechos de la Niñez?,
- ¿Qué doctrina antecede a la Doctrina de la Situación Irregular?,
- ¿Cuál es la diferencia entre ambas doctrinas?,
- ¿Qué país inspira a nuestro Estado a legislar a favor de la niñez?,
- ¿En que aspectos positivos influyen estas leyes?,
- ¿Cuál es la diferencia doctrinaria que existe entre el Código de Familia y la LEPINA?,
- ¿Cuáles son las innovaciones que presenta la LEPINA?,
- ¿Cuál es el verdadero significado de la Doctrina de la Protección Integral?,
- ¿Qué derechos puede ejercer por si mismo el niño?
- ¿Ha logrado el Estado salvadoreño adecuarse a lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño?.

Todas estas preguntas adquieren importancia debido a que por el carácter de innovaciones en esta ley, no existen libros que se haya editado para sus respuestas en nuestro país, y por lo tanto es por medio de esta investigación que al final se les dará respuesta.

1.5 HIPÓTESIS Y OPERACIONALIZACIÓN DE HIPÓTESIS

1.5.1 Sistema De Hipótesis

General:

1. Las innovaciones contenidas en la LEPINA permitirán que se garantice el pleno goce y ejercicio de los derechos de la niñez salvadoreña.

Específicas:

1. La aplicación de la LEPINA permitirá al sector justicia generar nuevas formas de interpretación jurídica, al momento de realizar un pronunciamiento a favor de la niñez salvadoreña.
2. La facultad que incorpora la LEPINA en cuanto a la capacidad procesal que le otorga a la niñez y adolescencia, traerá una verdadera eficacia al momento de hacer valer sus derechos y garantías ante la autoridad competente.
3. La falta de recursos económicos, no permitirá la creación del Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (CONNA), lo que conllevará a una carga laboral y Administrativa del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), quienes serán

los responsables de de dirigir las políticas de protección y por ende ocasionará una retardación de la justicia.

1.5.2 Proceso De Operacionalización De Hipótesis

Para estudiar las variables de las hipótesis anteriores se han seleccionado los siguientes indicadores:

1. Bibliografía sobre la niñez.
2. Documentos e Informes emitidos por Instituciones nacionales e internacionales que buscan la protección de la niñez en el país, tales como: Las Naciones Unidas mediante el Fondo de la Naciones Unidas para la Infancia conocido por sus siglas en inglés como UNICEF, Red para la Infancia y la Adolescencia, Unidad Técnica Ejecutiva, Comité De Derechos Humanos, Procuraduría Para la Defensa de los Derechos Humanos y Consejo Nacional de la Judicatura.

1.6 MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Los métodos y las técnicas serán las herramientas metodológicas de la investigación, ya que nos permitirán instrumentar los distintos procesos específicos de ésta, dirigiendo las actividades mentales y prácticas hacia la consecución de los objetivos formulados.

En este sentido el método a utilizar en esta investigación será el hipotético-deductivo, el cual nos permitirá partir de aspectos generales para llegar a los específicos.

1.6.1 Investigación Bibliográfica

Métodos

a) Sistematización Bibliográfica:

El objetivo central de la sistematización bibliográfica será realizar una articulación de las lecturas de la información en relación al tema central que hemos elegido para nuestra investigación. Pues se analizarán los diferentes textos bibliográficos que se abordan desde diferentes perspectivas históricas, conceptuales de un mismo tema y como dichas perspectivas se integran o contradicen.

b) Sistematización Hemerográfica:

Es el trabajo preliminar que realizaremos para poder llevar a cabo nuestro estudio, y consistirá en conocer y clasificar, a través del análisis del índice, aquellos materiales (artículos, censos, etc.) que tratan empíricamente cuestiones relacionadas con el problema objeto de estudio. Esta revisión permite un acercamiento a la realidad que se va a investigar a través de las aportaciones empíricas hechas por otros. Puede decirse que desde esta fase comienza el trabajo de investigación.

c) Recolección de Información de la Fuente:

Es por medio de la recolección de datos que lograremos a través de la observación sistemática, registrar de manera selectiva y codificada los indicadores del estado de las variables (el objeto).

Un instrumento de recolección de datos, es un soporte material, diseñado bajo especificaciones técnicas para registrar de manera confiable y

procesables datos provenientes de una fuente externa específica de información predeterminada (variable). Es así que como fuente externa utilizaremos la opinión pública, documental y también diferentes estadísticas.

Técnicas:

a) Síntesis Bibliográfica:

En la investigación sobre las innovaciones establecidas en la ley de protección integral de la niñez y la adolescencia en relación con la aplicación que hace el Código de Familia, pretendemos organizar a la luz de la doctrina desarrollada a lo largo de la historia una estructura que cumpla con las necesidades de los profesionales del derecho en el siglo XXI. Para ello en el desarrollo de la investigación nos basaremos en fuentes jurídicas como libros de texto, fuentes de Internet, y tesis.

b) Síntesis Hemerográfica:

De la misma manera utilizaremos coherentemente en el desarrollo de nuestra investigación, trabajos modernos y actuales que se encuentran establecidos en medios físicos, electrónicos y fáciles de transportar como las revistas, informes de instituciones, y periódicos.

c) Resúmenes inéditos:

En este punto nos basaremos en estudios recientes en los cuales expertos en el tema han desarrollado sus análisis propios o de instituciones encaminadas a brindar protección a los menores, y nos basaremos también en trabajos por medición estadística.

1.6.2 Tipo De Investigación

La investigación que como equipo pretendemos realizar es de tipo monográfica, es decir un desarrollo descriptivo del tema agotando todos sus elementos, indagando la bibliografía existente, estudiando y analizando lo escrito por los diferentes autores en torno a la Protección Integral brindada en nuestro país a la Niñez y Adolescencia.

CAPITULO 2

2.1 ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PROTECCION DE LA NIÑEZ.

2.1.1 Antecedentes Históricos a Nivel Mundial

Desde nuestra actual perspectiva, la conceptualización de los derechos de la infancia ha seguido, a lo largo del siglo XX, un proceso lógico, a pesar de las muchas vicisitudes sufridas, “Teniendo como un gran precedente directo con la Convención en la Declaración de Ginebra de 1924. Pero hay que ir más lejos. Fue en el siglo XVIII cuando se hizo el descubrimiento de la infancia ya que las actitudes empezaron a cambiar y todo ello llevo al reconocimiento de derechos para los niños y niñas, J.J. Rousseau, publico el 20 de mayo de 1762, la Obra “El Emilio o de la Educación”, en esta obra el autor proponía una serie de pautas y principios educativos que partían muchas veces de la propia intuición personal ante la opresión y degeneración con que la sociedad sometía a los individuos en su compleja evolución y transformación. Ante ello el autor proponía un modelo de educación para el niño desde la propia naturaleza acordes a las etapas de desarrollo infantil, con el fin de formar un individuo libre y autónomo capaz de poder valerse por sí mismo en su entorno social, es por ello que este escritor fue uno de los personajes que simbolizó esta etapa diciendo que: “Desconocemos la infancia, y tenemos ideas falsas sobre ello”⁸.

Aún podemos remontarnos a finales del XVII, cuando Perrault, de la Academia Francesa se decidió a escribir y publicar cuentos para niños. Los niños hicieron suyo a Robinson Crusoe (1719) y Los viajes de Gulliver

⁸ R Moner Cors Jordi, “Los antecedentes de la Convención Síntesis de un logro”, P. 21

(1726), sin saber que no habían sido escritos para ellos, Pero el descubrimiento de la infancia coincidía con el trato inhumano que recibían los niños y niñas durante la primera revolución industrial.

En ese momento se empezó a dar lugar a las primeras leyes que limitaban la jornada y fijaron la edad para la admisión a ciertas actividades. Pero se trataba de normas parciales y sectoriales que no eran reconocimientos de derechos, sino prohibiciones concretas para evitar abusos flagrantes, por lo que a esa etapa se le llamo “Etapa de la compasión”, de una protección concebida todavía de un modo muy primario.

Se tardaría mucho tiempo en pasar de la simple protección a la promoción de los derechos de la niñez y la Convención de La Haya de 1902, que es donde precisamente empieza a consignarse el “reconocimiento sobre la protección de menores, siguiendo con las Convenciones de la Organización Internacional de Trabajo sobre las edades mínimas para el trabajo en la industria, en el mar o en la agricultura con una visión general de la infancia, una idea inicial de que los niños tienen derechos que les son debidos y para ello se utilizo la frase que para saber los derechos hay que saber las necesidades de la infancia ya que un derecho es una necesidad protegida por la ley y que llegó con la Declaración de Ginebra en la que se estableció que “quien conociera las necesidades reales de la infancia habría encontrado sus derechos, y sabrá ponerles un nombre y es que precisamente los derechos de la infancia fueron encontrados por la inglesa “Eglantyne Jebb”, fundadora de la primera organización internacional de infancia y autora de la primera Carta de los derechos de la niñez Eglantyne Jebb (1876-1928)”⁹.

⁹ Ibíd., R Moner Jordi Cors, PP.23-24

Pero es hasta, en el año 1913, en el que se le presenta a Eglantyne Jebb, la oportunidad de una misión válida viaje a Macedonia para entregar la ayuda económica que allí se necesitaba después de la guerra de los Bálcanes y pudo contemplar directamente los horrores de la guerra por lo que el mes de abril de 1919, crea la Save the Children y en 1920, se creó la fundación llamada Save the Children International Union, la cual tuvo como fin primordial reivindicar determinados derechos para los niños y que les fueran reconocidos Universalmente y que posteriormente se reconoció como la “Declaración de Ginebra”.

2.1.2 Antecedentes de la Convención sobre los Derechos Del Niño.

Para poder comprender cuales han sido los antecedentes de la Convención de los Derechos del Niño es necesario remontarnos hasta la etapa de la posguerra de la Segunda Guerra Mundial, que fue en donde las Naciones Unidas quisieron disponer de su propia “Declaración de los Derechos de la Infancia”, por lo que se pensó que las circunstancias que dieron lugar a la Declaración de Ginebra, eran parecidas a las de la posguerra de la Primera Guerra Mundial, y el texto de 1924, por lo que se hizo indispensable que la Save the Children Fund, emprendiera una acción de naturaleza más permanente, para que la Declaración Universal de los Derechos de la Infancia que se aprobara por unanimidad el día 20 de noviembre de 1959, y fue entonces en el que “las Sociedad de las Naciones decidió hacer suya la Declaración de Ginebra, por lo que se aprobaron otras resoluciones respecto a la infancia; Entre las que se pueden mencionar: Lo relativo a la edad para contraer matrimonio y prestar consentimiento (1927), La protección de los niños ciegos (1928), La situación de los hijos ilegítimos (1929), Las

instituciones para menores abandonados y delincuentes (1931), La organización de tribunales para niños (1931, revisado en 1935), La edad de responsabilidad penal (1935), La situación familiar de los niños (1937). Todo este trabajo se truncó con el inicio de las hostilidades en 1939¹⁰, con las amenazas de la segunda guerra mundial.

En este sentido es hasta en el VIII Congreso Panamericano de la infancia, celebrado en 'Washington, se aprobó por unanimidad el 20 de noviembre de 1959 la Declaración Universal de los Derechos de la Infancia. En ese mismo día se aprobó una Resolución sobre su publicidad, que fue un antecedente del artículo 42 de la Convención de Ginebra, en el que se prescribe la obligación de los Estados de dar a conocer los derechos de la infancia entre los niños y los adultos, pero con la característica que no contenía derechos civiles. “Por lo que el niño no era un sujeto de derechos normal, no era un ciudadano como los otros”, se decía en 1957; y como consecuencia de esto: “El niño no conocía ni podía reclamar sus derechos, que por ley le eran preservados por el padre o tutor y tampoco se le podía reprochar. Podemos decir que en ese momento se estaba en presencia de la etapa de protección. Pero con la Declaración Universal de la Infancia se aceptó el protagonismo de los niños, por lo que se comienza a admitir que son individuos con iguales derechos y diferentes necesidades; que se podían amar a los niños “sin lástima”.

Durante las décadas de 1960 y 1970, las iniciativas en pro de los derechos de la infancia provenían de organizaciones no gubernamentales, que impulsaron el gran paso hacia adelante que habría de darse a continuación. Las ONG animaron a la Organización de las Naciones Unidas a que

¹⁰ Ibíd. P. 23

declarara 1979 como el Año Internacional del Niño, con la intención de que se otorgara más protagonismo a los problemas de la infancia. Una vez acordado este extremo, el Gobierno de Polonia presentó el borrador de una convención sobre los derechos de la infancia ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Pronto quedó claro que para ultimar este documento se necesitaba más tiempo y preparación, de modo que la Comisión acordó la creación de un grupo de trabajo abierto al que se encomendaría la misión de revisar el borrador. Este proceso duró una década, en parte porque redactar un tratado que aborda numerosos ámbitos de interpretación social y cultural es una labor delicada. Además, surgieron susceptibilidades cuando los gobiernos se implicaron en cuestiones como impartir la disciplina infantil, que muchos consideraban que correspondía a la familia, y no al Estado.

Es por ello que a finales del año 1979, se presentó un proyecto para la creación de la Convención de los Derechos del Niño, revisado en veinte puntos, con algunas novedades de interés respecto a la Declaración de 1959, aparte de convertir a esta última en un texto vinculante, se incorporaron derechos civiles que se reconocieron con una cierta cautela y lentitud al igual que la regulación de la justicia juvenil. Es así, que el derecho de opinión se aprobó en 1981, la libertad de pensamiento, conciencia y religión y el derecho a una información adecuada que fueron aprobadas en 1984¹¹, “pero la libertad de expresión, la libertad de asociación y la protección de la vida privada no llegaron hasta el final, el año 1988, y de esta manera se reconocieron los derechos civiles y derechos sociales, aun siendo de naturaleza jurídica distinta, ya que los pactos complementarios de la Declaración Universal de Derechos Humanos no supieron hacerlo. Con ello,

¹¹ David Bonon García, “La aplicación directa de la Convención de los Derechos del Niño en Nuestro Entorno”, PP. 36-37.

la Convención adquirió la doble característica de un texto Universal e Indivisible; es decir, que es para todo niño como un todo, con una visión global, y además, que no hay ningún artículo prioritario, todos son igualmente importantes, complementarios, y se refuerzan los unos a los otros, así como también se definió por primera vez al niño/a por la edad hasta los dieciocho años: las declaraciones anteriores no lo hicieron¹²; por lo que se señalaron derechos principales, como el derecho a la vida, la no discriminación, el interés superior del niño y el respeto a su opinión; y que contenían cuatro grandes bloques de derechos que eran: los derechos civiles, el entorno familiar y otro tipo de tutela, salud y bienestar, educación y medidas especiales de protección en particular, para luchar contra cualquier tipo de explotación y la regulación de la justicia juvenil.

En definitiva, puede decirse que la Convención de 1989, fue aprobada el mismo año de la caída del muro de Berlín que constituyó la culminación de todo un proceso de lógica interna, y que a pesar de las vicisitudes y fragilidades señaladas en la historia de la infancia, a tenido un reconocimiento social de los derechos porque estuvo aparejada al proceso de la conceptualización de los derechos de los niños.

2.1.3 Celebración de la Convención

La Convención sobre los Derechos del Niño en adelante “la Convención”, fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Es el tratado sobre derechos humanos y el instrumento para la promoción y la protección

¹² R Moner Jordi Cors, Óp. cit, PP. 33-34

de los derechos de la infancia más completo. Si bien en otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos figuran disposiciones que protegen los derechos de la infancia, la Convención es el primero instrumento jurídico que articula todos los derechos pertinentes a la infancia: económicos, sociales, culturales, civiles y políticos. Ha sido asimismo el primer instrumento internacional que reconoce de forma explícita a los niños y niñas como agentes sociales y como titulares activos de sus propios derechos, en este sentido y conforme a las disposiciones la Convención, los Estados partes legalmente se obligaron a satisfacer los derechos de todos los niños y niñas.

La Convención comprende 54 artículos y se basa en cuatro principios fundamentales: la no discriminación; el interés superior de la infancia; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo; y el respeto por los puntos de vista de la infancia. Su amplio alcance, y la importancia que otorgaba a la participación de niños y niñas, significó una trascendencia en todas las acciones orientadas a promover, proteger y satisfacer los derechos de la infancia.

La Convención constituyó una aportación fundamental al marco internacional de los derechos humanos. Hasta el año 2009, la había sido ratificada por 193 países. La influencia de la Convención y sus Protocolos Facultativos se difundieron por Continentes, Regiones, Países y Comunidades, y no cabe duda de que continúe siendo la Carta Magna de la infancia durante décadas e incluso siglos.

La Convención reafirmó y enriqueció los derechos humanos de forma notable. Los reafirmo al aplicar directamente a la infancia muchos de los principios básicos de instrumentos internacionales sobre derechos humanos

anteriores, tales como la universalidad y la no discriminación. Y los enriqueció al consolidar y ampliar las disposiciones comprendidas en otros instrumentos sobre derechos humanos, especificando las responsabilidades y obligaciones de los Estados partes en relación a la infancia. Incorporó derechos de la infancia que no estaban totalmente reconocidos en particular el derecho a la participación, y declaró que el interés superior de los niños y niñas deberían ser la consideración primordial en todas las acciones dirigidas a la infancia. Hizo obligación la rendición de cuentas de los derechos de la infancia para aquellas personas o instituciones encargadas de velar por los niños y niñas y a las que se encomendó la misión de garantizar que los derechos se respeten, en especial los Estados partes, las familias y los tutores.

La significación plena de la Convención va mucho más allá de sus implicaciones jurídicas, ya que también ha contribuido a transformar las actitudes en relación con la infancia. En efecto, la Convención fijó las condiciones de la infancia, estableciendo las normas mínimas referidas al tratamiento, la atención, la supervivencia, el desarrollo, la protección y la participación a que tiene derecho toda persona menor de 18 años. En sus artículos se consolida la opinión consensuada de las sociedades de que para satisfacer los derechos de la infancia era imperativo proteger el periodo de la niñez como distinto de la edad adulta, a fin de demarcar un tiempo en el que niños y niñas puedan aprender, jugar y crecer. Es por ello que en la Convención se contempla a los niños y niñas como titulares de derechos más que como beneficiarios de caridad.

La satisfacción de estos derechos ya no es una opción para los estados partes, sino una obligación que los gobiernos se comprometieron a cumplir. Igualmente importantes son el optimismo, la claridad y la determinación que

la Convención de los Derechos del Niño, manifestó respecto al futuro que un día todos los niños y niñas disfrutarán de una infancia en la que se respeten plenamente sus derechos, se satisfagan sus necesidades básicas, se les proteja de las violaciones, el abuso, la explotación, el abandono y la discriminación, y se les capacite para participar de forma eficaz en todas las decisiones que afectan a sus vidas.

Es por ello que en su preámbulo como en sus artículos, la Convención destaca el papel fundamental de la familia en el crecimiento y desarrollo de los niños y niñas, reconociendo la importancia crucial de un entorno familiar de afecto, armonía y comprensión para el desarrollo completo de la infancia. La Convención obliga a los Estados partes a dotar a las familias de todos los medios necesarios para que cumplan con sus responsabilidades.

2.1.4 Los principios Fundamentales de la Convención

La Convención es más que un tratado dotado de un mecanismo de supervisión: se trata de un proyecto de gran alcance referido al cuidado y la protección de los niños y niñas en términos prácticos y morales. La Convención establece normas comunes, pero también reconoce que para garantizar la apropiación y pertinencia, cada Estado parte debe hallar su propia forma de poner en práctica el tratado. Es por ello que establece los principios fundamentales en que se basa su aplicación los cuales son¹³:

- 1• La no discriminación, o universalidad (artículo 2)
- 2• La dedicación al interés superior del niño (artículo 3)

¹³ UNICEF, Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño, P. 6.

3• El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6)

4• El respeto por los puntos de vista del niño (artículo 12).

Para comprender el contenido de cada principio procedemos a realizar su explicación:

1) Principio a la no discriminación.

Los derechos que se garantizan en la Convención corresponden a todos los niños y niñas sin excepción. El Artículo 2 afirma que los Estados partes “respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. Esta aplicación universal es actualmente un elemento fundamental de cualquier instrumento de derechos humanos.

La gran importancia del principio de no discriminación deviene evidente al considerar, por ejemplo, la situación de los niños o niñas que padecen discapacidad, que son emigrantes indocumentados o que están huérfanos por causa del SIDA. Además, debe protegerse a los niños y niñas de la discriminación que se basa en las creencias de sus progenitores, sus representantes legales u otros miembros de la familia. El principio de no discriminación evoca el espíritu de la Convención de 1965 sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y la Convención de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Las disparidades que afectan a la conquista de los derechos de la infancia son patentes en todos los países. A pesar de que el crecimiento económico

mundial durante la década de 1990 y gran parte de ésta ha llevado a una reducción notable en los índices de pobreza absoluta de muchos países (muy en especial China y la India¹⁴), se han acentuado de forma notable las diferencias entre los distintos grupos poblacionales y de ingresos en lo tocante a la atención sanitaria de la madre, del recién nacido y del niño, y al índice de matriculación en la enseñanza. Existe la preocupación entre los defensores de los derechos de la infancia de que la reciente crisis económica mundial pueda dar como resultado un agravamiento de las diferencias, salvo que se emprendan acciones correctivas para convertir en realidad los derechos de los niños y niñas pobres y marginados, que son los que padecen un mayor riesgo de que se les prive de oportunidades.

Con la aplicación de este principio se pretende colocar a los niños, niñas y adolescente en un plano de igualdad, para que sean vistos sin ninguna discriminación.

2) Principio a La dedicación al interés superior del niño.

El Artículo 3 declara: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Este segundo principio clave respalda la protección legal y la atención de los niños y niñas basada en pruebas científicas.

El principio del “interés superior” exige que los gobiernos u otras partes interesadas examinen el efecto sobre la infancia de todas medidas que

¹⁴ UNICEF, *Ibíd.* P. 7

emprenden. Este principio ha demostrado tener una influencia fundamental en la legislación, las estrategias, las políticas y los programas que apoyan los derechos de la infancia. Ha sido de especial utilidad en procedimientos judiciales y para las instituciones de asistencia social que deben tomar en consideración criterios contrapuestos, por ejemplo¹⁵, en casos de divorcio o en casos relacionados con la custodia de menores de edad. En un número creciente de países, la vigilancia de los derechos de la infancia por parte del gobierno recae en una institución especializada, como el Ombudsman de Noruega y el Comisario de Derechos de la Infancia de Nueva Zelanda. Algunos países cuentan también con comités de supervisión que examinan los progresos alcanzados en materia de derechos humanos.

3) Principio del derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

El Artículo 6 declara: “que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida” y que los Estados partes “garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El derecho a la supervivencia y el desarrollo está estrechamente ligado a los derechos del niño a disfrutar del máximo grado de salud, disponer de servicios sanitarios y contar con un nivel de vida adecuado. Entre las medidas que se han adoptado en el contexto de la Organización de las Naciones Unidas para garantizar la supervivencia lideradas por la Organización Mundial de la Salud y UNICEF en particular figuran la supervisión del crecimiento, la rehidratación oral y el control de enfermedades, la lactancia materna, la inmunización, la nutrición, el espaciamiento de los embarazos y la alfabetización de las mujeres. El

¹⁵ UNICEF, *Ibíd.* P. 8

enfoque de una atención sanitaria primaria, promovido igualmente por la Organización Mundial de la Salud y UNICEF, pone de relieve la estrecha conexión que existe entre la atención sanitaria básica, una nutrición adecuada, la mejora del agua, el saneamiento y la higiene, y la existencia de unas infraestructuras sólidas y de alianzas comunitarias relacionadas con la salud.

4) Principio al respeto por la Opinión del Niño.

Más que afirmarse en un artículo específico de la Convención, el derecho de la infancia a que se oigan y se respeten sus opiniones acerca de las cuestiones que les afectan, en función de su edad y madurez, se garantiza en una gran variedad de estipulaciones. Una de las más destacadas es el artículo 12, que sostiene que los Estados partes “garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y la madurez del niño”. El Artículo 12 atribuye al gobierno la obligación de garantizar que se pida a los niños y niñas su punto de vista y se tenga en cuenta. Este principio se aplica también a cualquier procedimiento judicial que les afecte.

En la Convención se articulan también una amplia gama de libertades civiles que incluyen la libertad de expresión (artículo 13), de pensamiento y religión (artículo 14), de asociación y reunión (artículo 15) y el acceso a información (artículo 17). Estos “derechos de participación” han hecho que las voces de los niños y niñas se tengan más en cuenta en las iniciativas de desarrollo que les afectan, desde proyectos de ámbito local como la educación impartida por

los padres y la construcción de escuelas adecuadas para la infancia, a los congresos internacionales de la infancia, las intervenciones ante los parlamentos o ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, o el diálogo con los dirigentes mundiales en las Cumbres de G8.

La participación de la infancia ha influido también en procesos tan importantes como las recomendaciones del Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la violencia contra los niños¹⁶.

2.1.5 La repercusión de la Convención en las Legislaciones Nacionales Sobre los Derechos de la Infancia

La Convención ha tenido una influencia generalizada en los 20 años transcurridos desde su adopción¹⁷. Esto puede constatarse en el uso creciente de un lenguaje sobre “derechos de la infancia” en la expresión vernácula de documentos jurídicos, políticas, programas e iniciativas nacionales e internacionales que promueven la seguridad, los derechos humanos y el desarrollo, así como en los medios de comunicación. Dado el amplio alcance de las disposiciones de la Convención, resulta útil un enfoque multidimensional para valorar su repercusión en las distintas actitudes, prácticas, leyes, políticas y resultados que afectan a la supervivencia, el desarrollo y el bienestar de los niños y niñas. En este sentido es posible examinar las pruebas existentes en estos ámbitos desde 1990, y formarse una idea general de hasta qué punto, y con qué rigor y constancia, se están aplicando los artículos de la Convención.

¹⁶ Apud Adriana, Participación Infantil, P. 6

¹⁷ Cfr. UNICEF, Conmemoración de los 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño, Estado Mundial de la Infancia, Edición Especial, Noviembre de 2009.

Un modo de valorar la repercusión de la Convención es considerar en qué medida se han incorporado a las constituciones o sistemas jurídicos de los países sus principios básicos y otros artículos. En su examen de los informes emitidos por los Estados partes, el Comité de los Derechos del Niño ha hecho siempre hincapié en la importancia de garantizar que la legislación nacional sea compatible con la Convención, instando a la revisión integral y sistemática de todas las leyes relativas a la infancia.

Los derechos de la infancia no siempre se especifican en las constituciones y otras leyes nacionales fundamentales, a menudo porque estos documentos se elaboraron mucho antes de articularse los derechos de la infancia. La legislación nacional de algunos países considera de forma explícita que los tratados ratificados, como la Convención, tienen preeminencia sobre las leyes nacionales. En otros, en concreto algunos de los que han redactado y revisado sus constituciones y otros instrumentos jurídicos después del nacimiento de la Convención, figuran referencias concretas no sólo al cuidado y la protección de la infancia, sino también a sus derechos. Estas menciones a los derechos de la infancia pueden ser un reconocimiento extremadamente detallado, como en el caso de Brasil, o relativamente breve, como en el caso de Tailandia.

La Convención se ha incorporado directamente a leyes nacionales de todo el mundo. Un reciente estudio de UNICEF¹⁸, muestra que dos terceras partes de los 52 países examinados habían incorporado la Convención de esta forma, y que los tribunales habían tomado decisiones importantes aplicando las disposiciones del tratado. Además, desde 1989, una tercera parte de los países estudiados habían integrado la Convención también en sus constituciones. Casi todos estos países habían realizado esfuerzos

¹⁸ UNICEF, *Ibíd.*, P.11

considerables para armonizar sus leyes con la Convención mediante la aprobación de códigos sobre los derechos de la infancia o mediante la reforma gradual y sistemática de las leyes existentes, o ambos.

Esto ha originado algunos ejemplos destacables de cambio positivo. Conforme al principio de no discriminación, Eslovenia, por ejemplo, reconoce el derecho a la nacionalidad y, por consiguiente, el derecho al acceso a los servicios públicos de los niños y niñas apátridas. Etiopía ha incorporado partes de la Convención a su código de la familia de 2000 y a su enmienda del código penal de 2004. Las leyes sobre protección de la infancia de Indonesia y Nigeria reflejan los principios de la Convención. Es por ello que desde el nacimiento de la Convención, numerosos países de América Latina, Europa del Este y la Unión de Estados Independientes en especial Belarús, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Checa, Rumanía y Ucrania han adoptado nuevos códigos referidos a la infancia en los que se recogen las disposiciones de este tratado.

Pero el hecho de que los principios de la Convención se integren en las leyes de un país no garantiza que los derechos de la infancia se respeten. Es evidente que en muchos países la realidad que viven los niños y niñas no es acorde a los derechos que les garantizan sus leyes nacionales. El éxito de una legislación depende de su aplicación efectiva y de la transformación de las actitudes y prácticas sociales, así como de la existencia de unos principios y estipulaciones firmes que promuevan los derechos de la infancia. Muchas de las prácticas más perniciosas para los niños y niñas forman parte de tradiciones sociales y actitudes culturales que han prevalecido durante generaciones. No basta, por tanto, con aprobar una ley, sino que es preciso respaldarla con iniciativas continuas de concienciación y de fomento de la

capacidad, con recursos suficientes, y con alianzas de colaboración en las que niños y niñas participen plenamente.

2.2 Antecedentes Históricos en El Salvador

En el Salvador para poder conocer los antecedentes históricos de los derechos de la niñez, se vuelve sumamente necesario considerar cuales han sido los antecedentes Constitucionales que se han tenido para lograr identificar su evolución en el país, y luego realizar un análisis de la legislación secundaria para valorar la aplicación de lo que la Carta Magna ha establecido.

2.2.1 Antecedentes Constitucionales

El Salvador desde su independencia ha contado con trece cartas magnas con carácter de Constituciones Políticas y dos Constituciones Federales, que en el transcurso de su creación y aprobación, se han consolidado los derechos individuales y sociales, que en nuestro caso en particular nos interesa.

En este sentido podemos decir que la Constitución de 1824 y 1891, no reconocían ningún tipo de regulación de los menores, solamente se limitaron a proporcionar los conceptos de “Nación, Población, Territorio, Libertad, Religión y otros”.

Pero en la Constitución de 1864, se dio un avance muy importante en cuanto a la regulación de los derechos de los menores, pues se estableció un

Capítulo que se denominó “Derechos y Deberes Garantizados por la Constitución”, en el que se reconoció la institución de la familia como base del estado.

Pero es hasta “la Constitución de 1939, donde se proclamó la protección de los menores y se hizo alusión a la protección de la maternidad y la infancia, ese anterior avance Constitucional, sirvió de base para la creación de nuevos elementos que permitieron un reconocimiento real y efectivo de los derechos de los menores”¹⁹.

Las reformas constitucionales que se suscitaron en los años de 1944, significaron un cambio importantísimo en cuanto al respeto de los menores, entre las que podemos mencionar:

- La regulación de las relaciones paternofiliales
- La incorporación de los menores en situaciones irregulares.
- La Igualdad de Obligaciones que los padres de familia tenían con los hijos ya sean fuera o dentro del matrimonio, y
- En la los que menores quedarían sujetos a las leyes especiales.

En el año de 1950, se dio paso a la creación de una nueva constitución que introdujo la regulación de los derechos de los menores dentro del “Régimen de Derechos Sociales”²⁰, Es así que el Estado ejerció la función de protección de los menores y garantizaba los derechos de la educación y la asistencia social.

¹⁹ Quintanilla Molina, Salvador Antonio. "Introducción al Estudio de Derechos de Menores. Primera edición. Centro de Información Jurídica. P.3

²⁰ Ibídem, P.4

Pero fue hasta en la constitución de 1983, en la que se reconocieron los derechos de la niñez de una manera mas explicita y para ellos se creo el capítulo II en el que el artículo 34 estableció, la obligatoriedad del estado de brindar protección a la niñez y adolescencia y en el Artículo 35 consagro que: "El Estado tiene la obligación de proteger la salud física, mental y moral de los menores, y así como también garantizar el derecho de estos a la educación, a la asistencia y que la conducta antisocial de los menores que constituye delitos o falta estaría sujeta a un régimen jurídico especial".

2.2.2 Antecedentes en la Legislación Secundaria.

Al realizar una revisión de las leyes secundarias que han existido a través de la historia de nuestro país, se volvió necesario analizar cuales eran los cuerpos normativo que tenia como fin primordial la protección de la niñez que existía en aquel momento, antes de que la Convención sobre los Derechos del Niño, fuera ratificada por nuestro país.

2.2.2.1 La Regulación de los Derechos de la Niñez Antes de la Celebración de la Convención.

Al realizar una revisión de las leyes secundarias a través de la historia de nuestro país, que en su momento pretendieron proteger a los menores o mejor dicho que regulado la conducta de los menores encontramos solamente Dos:

- 1) Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores; y
- 2) El Código de Menores.

1) Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores.

Esta ley fue promulgada el 14 de febrero de 1966, cuya finalidad no era considerar en forma integral los diversos problemas que atañen a los menores, sino únicamente la de sustraer a estos de la acción de la justicia penal destinada a los mayores, sometiéndolos a tribunales especiales y aplicándoles medidas que tenía como fin protegerlos, educarlos y readaptarlos²¹. Por lo que esta ley fue el primer paso a nivel de legislación secundaria de nuestro país, en brindar un mejor trato a los menores, pero no mucho tiempo después, se encontró inspirada en ideas peligrosistas y de defensa social, o lo que conocemos como la doctrina de la situación irregular, esto en razón de que esta ley implementó un mismo tratamiento o proceso judicial para menores infractores y menores en circunstancias especialmente difíciles, situación que se puede evidenciar en su articulado, específicamente en el artículo 1, en el que se establecía que, "La ley era aplicable a los menores cuya edad no excediere de 16 años, en los siguientes casos:

- a) Cuando se les atribuyera una infracción tipificada como delito o falta por la ley penal; y
- b) Cuando su conducta, por ser proclive al delito constituye un peligro social²².

Es importante conocer que al hacer referencia al literal b) se menciona la frase: "peligro social", ¿a que se refería cuando decía, a que la conducta de un menor constituye peligro social?, y se estableció, que era cuando el menor se hallare material o moralmente abandonado, pervertido, o en

²¹ Sánchez Valencia, José Arcadio. "Derecho Penal de Menores En El Salvador." en La Niñez y Adolescencia en Conflicto Con La Ley Penal Editorial Hombres de Maíz. San Salvador. 1995. P.116

²² Quintanilla, S. Óp. cit. P.45

posibilidad de serlo, cuando se encontrará en estado de riesgo que pueda causar su inadaptación social, por negligencia de sus padres o guardadores o por sus propias condiciones de vida.

Como se puede observar se penalizaron los problemas sociales y se socializaron los problemas penales²³, pues tanto el menor infractor como el menor en circunstancia especialmente difíciles, se sometieron a un mismo proceso judicial, bajo iguales medidas socioeducativas, y juntos en los Centros de Internamiento. Para el desarrollo de esta ley y el proceso judicial respectivo, se creó un sólo tribunal tutelar de Menores, en el año de 1966, con jurisdicción en todo el territorio nacional, pero estas instancias, no pudieron cubrir la demanda de menores sometidos a dicho proceso, por lo que se delegó a Jueces de Primera Instancia en materia Penal y Jueces de Paz, que fueron los responsables de la aplicación de esta ley.

El Tribunal Tutelar de Menores podía conocer en las siguientes situaciones:

- 1- Conocer de las infracciones consideradas como delitos y faltas, y que sean atribuidas a menores cuya edad no exceda de dieciséis años;
- 2- Conocer de la situación de los menores cuya edad no excedan de dieciséis años en estado de abandono material o moral, y de peligro:
- 3- Adoptar las medidas convenientes para el tratamiento, curación, colocación, vigilancia y educación de los menores sometidos a esa ley, cuya conducta constituye un peligro social.

²³ Larrandt, Lucila E., "Desarrollo de Los Tribunales De Menores en Argentina 1920-1998, y en el Revés al Derecho La Condición Jurídica de La Infancia En América Latina. Editorial Galerna. P.102.

Con el proceso que se establecía a un menor en circunstancias especialmente difíciles se puede resumir en los siguientes pasos:

1) La acción se interponía ante el Juez Tutelar de Menores, que tenía la obligación de iniciar la respectiva investigación.

2) Posteriormente se debía celebrar una audiencia con el menor, sus padres, guardadores o encargados del menor, de no presentarse estos últimos hará presumir el abandono material del menor.

3) De dicha audiencia el Juez tenía que pronunciarse por medio de una resolución que podría ser: entregar al menor a sus padres o encargados, o internarlo provisionalmente en un Centro de Observación de Menores.

4) Una vez realizada la audiencia se procede a una investigación, la cual deberá de concluir en el término máximo de 30 días.

5) Concluida la investigación se tenía que resolver sobre la medida de protección a imponer, entre las que están:

- a) Reintegro al hogar con o sin Supervisión.
- b) Colocación en Hogar Ajeno.
- c) Internamiento en Centro Curativo: y
- d) Internamiento en Escuela-Hogar.

6) La medida de protección impuesta, tenía que obligatoriamente ser revisada cada seis meses, por el Juez Tutelar de Menores.

7) A partir de la anterior revisión las medidas podrían ser modificada, suspendidas, sustituidas o darse por concluidas, un aspecto importante de

señalar es que el menor al cumplir dieciséis años, la medida cesaba en su aplicación.

En una forma de síntesis lo anterior expuesto constituía el proceso de aplicación de una medida de protección, en donde se observa una ausencia total al respeto del debido proceso legal, que buscara una protección, y no someterlos a decisiones arbitrarias.

Mediante esta ley se crea la Dirección General De Menores, conocida también como el Departamento Tutelar de Menores, su función era crear programas de observación y tratamiento para los menores infractores y los menores en circunstancias especialmente difíciles, dependía orgánicamente por su función encomendada del Ministerio de Justicia, por lo que tenía a su cargo la dirección de los centros de internamientos o de observación a menores, entre los centros se encontraban:

- 1- Centro de Menores Ízalco.
- 2- Centro de Observación de Menores.
- 3- Centro de Orientación "Rosa Virginia Pelletier".

En dichos centros se internaban a los menores de dieciséis años, fueran infractores o abandonados, lo que significó que "un menor no pasaba de ser un número más dentro del conglomerado, y se agravaba tal situación por falta de clasificación de los menores de acuerdo a las causa que motivaron su ingreso"²⁴. Así mismo el menor era aislado de su familia y comunidad, no haciendo ningún tipo de esfuerzo para reintegrarlo a su círculo o vida familiar.

²⁴ Quintanilla Molina, Salvador Antonio. "Introducción al Estudio de Derechos de Menores. Primera edición. Centro de Información Jurídica. P.157

2) Código De Menores.

Entro en vigencia el 8 de enero de 1974, como su nombre lo indica el "Código de Menores», Esta nueva legislación deroga totalmente la ley de Jurisdicción Titular de Menores, por lo que este nuevo código pretendía regular en un solo cuerpo toda la normativa referida a los menores, en diversos aspectos como son salud, educación, asistencia Social y Legal, entre otros.

Es así como se reconocieron dentro de él los derechos fundamentales de los menores, "desde su gestación, a nacer y vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitieran su normal desarrollo bio-psico-social"²⁵. Aunque sus motivos de creación reflejaron una nueva línea en el tratamiento de menores, la situación de estos no varió mucho, pues las ideas del Código se fundamentaron en lo que se conoció como el derecho penal de autor, donde se juzgan las características de la personalidad de un menor y no los hechos como debería de ser. Así mismo se mantuvo la idea exacta a la ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, de confundir o dar el mismo proceso judicial a los menores infractores y a los menores en circunstancias especialmente difíciles.

Mediante esta ley se creó Consejo Salvadoreño De Menores, el 23 de enero de 1975, un año después de la creación del Código de Menores²⁶. El cual tuvo como misión la realización de la política de menores, vigilar su ejecución y las funciones que dicho código les asignaba en su Art.7, en la

²⁵ Sánchez Valencia, J. Óp. Cit. P. 120.

²⁶ Es de señalar que la creación del Consejo Salvadoreño de Menores, se encontraba estipulado en la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores en el año de 1966, pero su fundación se da nueve años después con la puesta en marcha del Código de Menores.

protección de los menores. Por que Dicho consejo estaba integrado de la siguiente manera:

- Un delegado del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social.
- Un delegado del Ministerio de Trabajo y Previsión Social.
- Un delegado del Ministerio de Defensa y Seguridad Pública.
- Un delegado de la Procuraduría General de la República.
- Un delegado de la Corte Suprema de Justicia.
- Cuatro delegados de Organismos no gubernamentales que se dedicaban a la protección de los menores.

El consejo de acuerdo con el Código de Menores tenía que prestar los siguientes servicios:

- Protección materna infantil.
- Protección a los menores sujetos al Código de Menores.
- Asistencia Social.
- Asesoría Jurídica.
- Investigación y evaluación; y
- Las demás necesarias para el mejor cumplimiento de sus fines.

Durante los diecisiete años de funcionamiento del Consejo se establecieron otro tipo de instituciones que su función era buscar medios de protección a los menores, entre ellos están: El Cuerpo de Protección de menores. (1976) y la Dirección General de Protección al Menor. (1980), ambos organismos dependieron del Ministerio de Justicia, y se encargaban al igual que el consejo, del internamiento de menores. En el año de 1985 se hizo el intento de que "El Consejo Salvadoreño de Menores con la Dirección General de

Protección al Menor entrara en funcionamiento; pero no fue posible debido a dos razones principales. La primera de ellas fue por la dificultad presupuestaria y como segundo la disputa del liderazgo entre jefaturas"²⁷. Entre las diferencias del proceso judicial de la Ley de Jurisdicción y el Código de Menores podemos mencionar:

- Se determinaron las situaciones específicas de cuando un menor se consideraría en Estado de Abandono, peligro y riesgo.
- En cuanto a las medidas de protección son las mismas con la diferencia que en el Código se deja la libertad o posibilidad de aplicar una medida, que no se encuentre descrita en su articulado, pero se crea que es conveniente para el menor.

El aspecto que si fue innovador es la iniciativa de separar a los menores infractores de los menores en circunstancias especialmente difíciles, pero lo que no se pudo superar es el castigo a la pobreza y a los estados de marginación social, de los cuales eran responsables los padres, la familia, la sociedad, y el Estado y nunca los menores"²⁸. por lo que la anterior afirmación se deduce que a través del análisis de la legislación secundaria podemos afirmar que "ambas categorías de menores, los que habían cometido delito y los abandonados quienes para algunos podrían ser más peligrosos que los primeros, no debían diferenciarse, y por ende el tratamiento o internación no debía tampoco establecer diferencias"²⁹, es por

²⁷ Castro López, Mauricio Stanley. Protección que Brinda El Estado a Través del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor. Octubre 1995. P.46.

²⁸ Larrandt, L. Óp. cit. P. 22

²⁹ Ibíd. P. 22

ello que antes de la ratificación de la Convención se creó, La Secretaría Nacional De La Familia, que fue creada el 19 de octubre de 1989, como parte del plan de desarrollo económico y social del gobierno en turno de aquel entonces, sujeta a la Presidencia de la República; y que pretendió desarrollar gran parte del Plan de Desarrollo Social del gobierno; entre las funciones que le fueron designadas a la Secretaría encontramos la de dirigir y coordinar el sistema de protección al menor a nivel nacional, así mismo la familia, la mujer y los ancianos, como lo exige el mandato constitucional.

2.2.3 Primeros efectos de la Convención en el país

La Convención sobre los Derechos del Niño³⁰, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989; y en El Salvador fue aprobada por medio del Acuerdo Ejecutivo número 237, del 18 de abril de 1990 y publicado en el Diario Oficial Tomo 307 el 9 de mayo de ese mismo año, constituyéndose desde entonces como el más importante instrumento jurídico de carácter universal de protección a los derechos de la infancia de nuestro país, al reconocer tanto los derechos civiles como los derechos económicos, sociales y culturales que requiere la niñez para su supervivencia y desarrollo integral; a su vez es por medio de este instrumento que el Estado de El Salvador asumió la obligación de adecuar su legislación interna a los mandatos de la referida Convención. Siendo así que se inicia en el país un proceso de adecuaciones institucionales y legales tendientes a la dignificación de la niñez, marcado por la transición de la visión de niño como objeto pasivo de protección y cuidado, hacia una concepción del niño y la niña como sujetos de derechos, obligaciones, libertades y garantías

³⁰ Diario Oficial de El Salvador Número 108, Tomo 307, del 9 de mayo de 1990.

especiales, es decir, que es por medio de este instrumento que se deja atrás la Doctrina de la Situación Irregular para adoptar la Doctrina de la Protección Integral.

En este sentido y para darle fiel cumplimiento a la reestructuración Institucional se dio paso a las reformas de los instrumentos jurídicos orientados a la creación de estructuras institucionales de protección y promoción de los derechos de la niñez y adolescencia, entre las que podemos mencionar:

- Primeramente se comenzó con la reforma al Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo de 1989, a través del cual se le dio vida a la Secretaría Nacional de la Familia, como ente encargado de asesorar al Presidente de la República en temas relacionados con la niñez, mujer, familia y tercera edad y para servir de enlace entre las instituciones encargadas de velar por la niñez salvadoreña, organismos públicos y privados, así como con Agencias de Cooperación.

Entre las atribuciones que se le conferían encontramos, la de orientar la Política Nacional de Atención Integral al Menor, sirviendo de enlace entre organismos públicos y privados, así como con agencias de cooperación externa. Además tiene la atribución de dictar la Política Nacional de Atención al Menor.

- La reforma al Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa de 1992, a través de la cual se creó la Comisión de la Familia, la Mujer y el Niño, encargada de estudiar los anteproyectos de ley vinculados con la familia, la mujer y la niñez.

- La Ley de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, mediante la cual se creó la Procuraduría Adjunta para la Defensa de los Derechos del Niño, en 1992.
- La creación del Departamento de Protección del Niño y la Mujer de la Fiscalía General de la República, en diciembre de 1992.
- La Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor vigente desde mayo de 1993, que tenía como objetivo ejecutar y vigilar el cumplimiento de la Política Nacional de Atención al Menor, así como también brindar protección integral al menor. Para el logro efectivo de su objetivo, el Instituto tenía que promover la participación de la familia y la comunidad y coordinar las acciones para la protección integral de la niñez y la adolescencia cuando se ejecutaran por los demás entes de la administración pública, las Municipalidades, los organismos no gubernamentales y otras entidades. La creó el Comité Nacional de Atención Integral a las Personas con Discapacidad conocido como (CONAIPD), por Decreto Ejecutivo No.111 de fecha 6 de diciembre de 1993, cuyo objetivo era promover la Política Nacional de Atención Integral a las Personas con discapacidad, a fin de mejorar la calidad de vida de las mismas.
- La Ley del Instituto Salvadoreño de Desarrollo de la Mujer, por medio de la cual creó el Instituto del Desarrollo de la Mujer (ISDEMU), Decreto Legislativo No 644 de 1996 en el que involucro el tema infancia, en la parte específica de la niña y adolescente.
- En 1997 se creó el Departamento de Familia y en el año 2000, se creó la División de Servicios Juveniles, en la Policía Nacional Civil.

La creación del Consejo Nacional de Salud Mental por Decreto Ejecutivo de fecha 23 de Febrero del 2000, cuyo fin era el de promover e impulsar estrategias de prevención, atención y curación en salud mental integral de la población.

2.2.4 El Proceso de adaptación de la Legislación Interna a la Convención.

a) Tratados Internacionales

Nuestra Constitución en su Artículo, 144 establece que “los tratados internacionales ratificados por El Salvador constituyen leyes de la República, por lo que son vinculantes para todos los habitantes”. Es por ello que desde esta perspectiva cabe mencionar que entre los instrumentos de carácter internacional más importantes en la temática de la niñez y adolescencia figura la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que se reconocía como niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad con derechos y deberes, por lo que se les reconocieron sus derechos civiles como los derechos económicos, sociales y culturales, que requieren para su supervivencia y desarrollo integral, e impuso a los Estados la obligación jurídica de promoverlos, respetarlos y garantizarlos de manera especial, sin distinción alguna, independientemente de raza, color, sexo, posición económica, impedimentos físicos o cualquier otra condición.

En este sentido nuestro país reconoció una serie de Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, con los que sea intentado proteger a

la adolescencia trabajadora de nuestro país, entre los que podemos mencionar:

a).- Convenio 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio. Ratificado el 14/07/94

b).- Los Convenios 77 y 78 relativos al examen médico de aptitudes para el empleo; el Convenio 138 relativo a la edad mínima sobre la admisión al empleo.

c).- El Convenio 142 relativo a la orientación profesional y la formación profesional en el desarrollo de recursos humanos. Ratificado el 14/07/94

d).- El Convenio 182, sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación;

e).- El Convenio No. 100 relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, y;

f).- El Convenio sobre la Protección de Menores y la cooperación en materia de adopción internacional emitida en julio de 1998, vigente a partir del 1 de marzo de 1999, que fue ratificado con el objetivo de establecer un sistema de cooperación entre Estados para la adopción internacional de la niñez.

b) Legislación Interna

A nivel de la legislación secundaria han existido instrumentos que se han decretado con el objeto de asegurar los derechos y deberes de la niñez y adolescencia, entre los que se destacan:

- La Ley del Nombre de la Persona Natural, decretada en 1990, en la que asegura el derecho de todo niño, niña y adolescente a un nombre que lo identifique e individualice.
- Ley de Instituto Salvadoreño de protección al menor, creada en 1993, la cual fue reformada para ser la ley del ISNA.
- Las reformas legales efectuadas en 1994 al Código de Trabajo en lo referente al "Trabajo de Menores", incorpora reformas a los artículos 105 y 114 referente a las edades a partir de las cuales se autorizó el trabajo de la niñez y adolescencia salvadoreña en labores peligrosas e insalubres.
- El Código de Familia que entró en vigencia en 1994, regulaba los deberes y derechos de los miembros de la familia y de la niñez.
- La Ley Procesal de Familia decretada en 1994, establecía el procedimiento para lograr el cumplimiento de los deberes y derechos contenidos en la ley sustantiva. Además se crearon los Tribunales especializados en familia.
- La Ley del Menor Infractor la cual entró en vigencia a partir de marzo de 1995, que establece el marco jurídico que rige la determinación de la responsabilidad penal de adolescentes que han infringido la ley.
- La Ley de Vigilancia y Ejecución de Medidas al Menor Infractor de 1995 establecía los mecanismos por medio de los cuales se insertarían y/o reinsertarían a la sociedad a los adolescentes encontrados responsables de infringir la ley.

- La Ley contra la Violencia Intrafamiliar que adquirió vigencia a partir de 1996, que protegía a la niñez y adolescencia frente a cualquier forma de violencia en el seno del grupo familiar.
- El Código Penal y Procesal Penal de abril de 1998, sirvió de marco subsidiario de aplicación a la Ley del Menor Infractor.
- La Ley para el Control de la Comercialización de las Sustancias y Productos de Uso Industrial o Artesanal que contengan Solventes Líquidos e Inhalantes, que entró en vigencia en octubre de 1998, conocida como la "Ley contra la pega".
- La Ley de Equiparación de Oportunidades para la Personas con Discapacidad de mayo del 2000, promovían la eliminación de toda forma de discriminación y la accesibilidad a todos los servicios básicos a toda persona con discapacidades. y la política Nacional de Equiparación de Oportunidades para las Personas con Discapacidad que fue aprobada por el Órgano Ejecutivo en Abril 2000.

Es así que el 26 de marzo de 2009, fue Aprobada por la Asamblea legislativa la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, y el 15 de abril fue sancionada por el Presidente Elías Antonio Saca y publicada en el Diario Oficial el 16 de abril de 2010 en el que se estableció, que la ley entraría en vigencia el 16 de abril de ese mismo año, ya esta ley tiene como fin primordial la protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, proponiendo mecanismos sociales y jurídicos que se traducen en efectivos procedimientos administrativos y judiciales, para denunciar y sancionar las infracciones para los responsables de afectar los derechos de las niñas, niños y adolescentes salvadoreños.

2.2.5 La elaboración del Código de Familia

El 1 de octubre de 1994 entro en vigencia el Código de Familia, instrumento jurídico que adopta la doctrina de la protección integral de la niñez al establecer su el artículo 346 que “La Protección del menor deberá ser integral en todos los periodos evolutivos de su vida, inclusive el prenatal y en los aspectos físico, biológico, psicológico, moral, social y jurídico”, por lo que el Comité de Derechos del Niño hizo mención, diciendo que en “El Salvador parecía tener en 1990, el único Código de Familia adoptado en América Latina que otorgaba un lugar central a la protección integral del niño”³¹. Siendo así que, la seguridad emocional, la formación moral y espiritual, los cuidados que el desarrollo evolutivo del menor demande, el ambiente adecuado y la recreación, serian aspectos esenciales de la protección integral, ya que dentro de este código El artículo 4 del Código enumera los principios rectores que lo inspiran; por lo que en esta disposición, el concepto de protección integral se aplica no sólo a los niños, sino también a la familia en la cual la madre es la única responsable del hogar, ya que la ampliación del concepto de protección integral a esta categoría de familia con necesidades especiales constituyo un ilustración interesante del desarrollo de la doctrina de protección integral, teniendo en cuenta las consideraciones respecto a que la protección de los menores, se encontraban en el libro V Título I Capítulo I, el cual se denomina Principios Rectores, Derechos Fundamentales y Deberes de los Menores, los cuales encontraban regulados desde el artículo 374 al 388, en lo que se desarrollaron en cierta medida muchos de los postulados de la Convención sobre los derechos del niños, siendo esta una de las razones por las que El Código de Familia es muy

³¹O'Donnell, Daniel, Conferencia sobre “La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia”, Ciudad de México 30 de septiembre de 2004, P.4

específico al determinar las áreas de protección a los menores siendo estas: salud, educación, regulación de los medios de comunicación, protección laboral y asistencia legal.

Si bien es cierto la responsabilidad según el Código de Familia en cuanto a la protección de los menores está a cargo de la Familia, la sociedad, y El Estado, pero el tema de la familia y sus relaciones con el Estado y el niño tiene tres ejes: 1) “Los deberes del Estado hacia el niño, 2) Los deberes de la familia hacia los niños y 3) Las obligaciones del Estado hacia la familia. Vale decir que, los derechos del niño con respecto al trato que recibe en la familia, como los derechos del niño frente a la sociedad y a las instituciones y autoridades públicas, y los derechos de la familia frente al Estado”³², por lo que le la protección de los derechos de la niñez les incumben tanto a los padres por la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño y su preocupación fundamental de velar por el interés superior del niño, así como también para el Estado la obligación de garantizar y promover los derechos enunciados en la Convención de los Derechos del niño, prestando la asistencia apropiada a los padres para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño.

En este sentido en cuanto al sector justicia, podemos decir que en El Salvador los Jueces de Familia, fueron los responsables de velar por el fiel cumplimiento los derechos y garantías de los derechos de la niñez, a través del margen de sus funciones como aplicadores del derecho, para que fueran encaminado a proteger integralmente a toda la niñez salvadoreña, ya que sin bien es cierto el código de familia reconoció la doctrina de la protección integral, en su cuerpo normativo, pero aun los identifico a estos como sujetos

³² O'Donnell, Daniel. Ibid. P. 4

de protección y no como verdaderos sujetos plenos de derecho, entiéndase esto último como la capacidad para poder hacer valer sus derechos por sí mismos.

2.2.6 El Comité de Derechos del Niño y su papel en la formación de la Ley dedicada a la niñez salvadoreña.

Como ocurre con otros instrumentos básicos de derechos humanos, un Comité supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño y de sus dos Protocolos Facultativos³³: se trata del Comité de los Derechos del Niño, establecido en virtud del artículo 43 del tratado (Convención sobre los Derechos del Niño).

El primer Comité, elegido a comienzos de 1991, estaba compuesto por 10 miembros, quienes son expertos procedentes de 10 países y con diversos antecedentes profesionales, entre ellos los derechos humanos, el derecho internacional y la justicia para menores de edad. En la actualidad se ha ampliado a 18 miembros, después de una enmienda al artículo 43 realizada en noviembre de 2002.

El Comité convoca sus períodos de sesiones en Ginebra tres veces al año, en enero, mayo y septiembre; cada período de sesiones dura cuatro semanas. Además de supervisar la aplicación de la Convención, el Comité proporciona orientación sobre su interpretación por medio de la emisión periódica de Comentarios Generales sobre artículos y temas, y convoca

³³ Estos son: El Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados y el Protocolo Facultativo relativo a la venta de los niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía.

también días de debate general. Al ratificar la Convención, los países aceptan presentar al Comité informes sistemáticos sobre los progresos, en los primeros dos años después de la ratificación y posteriormente cada cinco años. En los informes figura información de antecedentes detallada sobre el país en cuestión y ofrece un recuento sobre los progresos y las dificultades para poner en práctica los artículos de la Convención. A los países que son parte de los Protocolos Facultativos se les exige también la preparación de informes paralelos sobre los progresos. Se aconseja a los gobiernos que concentren sus informes en factores y dificultades que han confrontado en la aplicación de las disposiciones de la Convención y en establecer metas específicas para impulsar los progresos. El Comité acepta abiertamente informes alternativos de organizaciones no gubernamentales del país ratificante; estos informes siguen el mismo formato que el informe principal del país (aunque no necesariamente) e intentan abordar cuestiones similares. Además, otras organizaciones competentes de las Naciones Unidas (entre ellas UNICEF) pueden aportar también su propia perspectiva sobre la situación de la infancia en el país que presenta el informe. El Comité nombra a dos relatores para que lleven a cabo un examen exhaustivo de cada informe y de la documentación relacionada, y posteriormente redacta una lista sobre temas y cuestiones fundamentales para debatirlos con los representantes del Estado parte. La prioridad es realizar un diálogo constructivo. Al final del debate, el Comité celebra una reunión privada para concluir sus observaciones finales. En estas reuniones se incluye por lo general un reconocimiento de las medidas positivas que se han adoptado, se definen esferas problemáticas que exigen un mayor esfuerzo, y se proporciona orientación sobre medidas prácticas que se podrían adoptar para mejorar los derechos de la infancia. Las observaciones finales pueden abordar también cualquier punto que el Comité considere importante para la protección y la promoción de los derechos de la infancia. Esto puede incluir,

por ejemplo, peticiones de cambios de políticas o el apoyo a puntos señalados por las organizaciones no gubernamentales.

Las observaciones finales se hacen públicas para facilitar que los medios de comunicación y otros grupos de la sociedad civil ejerzan presión para su aplicación. En la práctica, aunque el Comité puede nombrar a un relator para que realice un seguimiento sobre las cuestiones pertinentes durante los cinco años que transcurren entre cada informe, las organizaciones no gubernamentales desempeñan una función vital en el seguimiento del desempeño de los gobiernos y en su aportación de un apoyo apropiado a medida que tratan de cumplir con sus obligaciones en favor de la infancia.

En los últimos años, la Subdivisión de Tratados y de la Comisión de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en Ginebra ha organizado talleres regionales y subregionales sobre la aplicación de las observaciones finales, en cooperación con un gobierno anfitrión y con organismos de las Naciones Unidas. Estos talleres, dirigidos a un grupo de países, reúnen a una amplia gama de participantes, entre ellos funcionarios gubernamentales, representantes de instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales y organismos, fondos y programas de las Naciones Unidas.

El Comité de Derechos del Niño ha insistido a El Salvador a que busque las medidas administrativas, legislativas y de otra índole (como lo establece el artículo 4 de la Convención), para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente convención; en las observaciones finales del 18 de octubre de

1993³⁴, en el punto número 7, el Comité lamenta que el Gobierno de El Salvador no haya tenido debidamente en cuenta las disposiciones del artículo 4 de la Convención y que las restricciones presupuestarias, que afectan a los programas sociales, hayan redundado en detrimento de la protección de los derechos del niño; en el punto número 9, manifiesta su preocupación por el concepto, consignado en la legislación salvadoreña, de niños en "situación irregular", establece que es necesaria una aclaración al respecto de los criterios utilizados para definir ese concepto, así como respecto de la posible aplicación del derecho penal a esos niños. El contenido en el punto número 7 es la mayor preocupación del Comité, ya que en las Observaciones Generales de al año 2003³⁵, se vuelven a mencionar como el mayor propósito de esa observación.

2.2.7 La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

El 12 de junio de 2006 la Unidad Técnica Ejecutiva había tomado la decisión de coordinar el esfuerzo para formular el anteproyecto de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (en adelante LEPINA) con la asistencia técnica y financiera de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); el cual fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 26 de marzo de 2009, el 15 de abril fue sancionada por el Presidente Elías Antonio Saca y aparece publicada en el Diario Oficial el 16 de abril en el que estableció que entraría en vigencia el 16 de abril de 2010 La LEPINA, apuesta por un

³⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones del comité de Derechos del Niño: El Salvador: 18/10/93. CRC/C15/Add.9.

³⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, Observaciones Generales de Derechos del Niño: 27/11/2003, CRC/GC/2003/5.

sistema integral e integrado de protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, proponiendo mecanismos sociales y jurídicos para su protección, lo 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 que esta ley presenta, en este sentido es por medio de esta ley que se lograra cumplir el compromiso del Estado de brindar protección a la niñez y Adolescencia del país.

Es por medio de esta ley que se busca dar respuesta a las verdaderas exigencias de la niñez ya que las medidas de protección reguladas en la Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia creada desde 1993 y la Legislación Procesal de Familia vigente desde 1994, desde su creación han significado una generalidad y no a logrado dar respuesta a las exigencias que la niñez y la adolescencia demanda a voces en la actualidad, volviéndose necesario la creación de nuevas políticas y cuerpos normativos que vaya orientadas como verdaderas medidas de protección judicial cuando sus derechos y garantías se ven vulnerados por la sociedad en general y de las personas encargadas de velar por su protección.

CAPITULO 3

3.1 ANALISIS DOCTRINARIO DE LA NIÑEZ

➤ **Doctrinas de la Niñez.**

Cuando hablamos de la “infancia” en forma tan amplia, a veces no se sabe de qué se está hablando en realidad. Por eso, se hace conveniente distinguir el plano de la vida cotidiana de niños, niñas y adolescentes en un lugar y tiempo dado, a raíz de las imágenes o ideologías creadas sobre el rol de la infancia a nivel mundial y sobre todo en la sociedad salvadoreña, es decir, el plano de las representaciones que la sociedad se hace sobre los niños, niñas y los adolescentes, ya que en el transcurso de la historia, la “infancia”, a sido objeto de análisis en las diferentes Doctrinas, entre las que podemos mencionar La Doctrina de la Situación Irregular y a la Doctrina de la Protección Integral, por lo que es muy importante conocer cuales son los fundamentos y las bases que sostiene cada una de ellas, y de esta manera poder identificar sus múltiples influencias recíprocas en la actualidad, y sobre cual de ellas descansa los derechos de la niñez.

Es por ello que para una mejor comprensión de las Innovaciones de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en relación con el Código de Familia es necesario precisar que doctrinas son las que se han retomado y aplicado a través del tiempo, para ello es de hacer notar que, al referirse a la protección de los menores, “no ha existido todavía un desarrollo doctrinario sobre ellas”³⁶, pero en base a las doctrinas que históricamente han sustentado el derecho de menores, haremos una explicación sobre ellas.

³⁶ O'Donnell Daniel. Óp. Cit, P.26

Dichas doctrinas son:

1) Doctrina de la Situación Irregular.

2) Doctrina de la Protección Integral.

En el mundo jurídico, se entiende por doctrina: el conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos de una u otra forma vinculados con el tema, desde el ángulo del saber, la decisión o la ejecución. Normalmente, en todas las áreas del derecho de adultos la producción teórica se encuentra homogéneamente distribuida entre los distintos segmentos del sistema, lo que estimula la pluralidad de puntos de vista, asegurando eficaces contrapesos intelectuales a la interpretación de las normas jurídicas. Los avances en la doctrina aparecen invariablemente acompañados por contradicciones y discrepancias³⁷.

3.1.1 Doctrina de la Situación Irregular.

3.1.1.1 Apreciación Histórica.

Desde la antigüedad los únicos niños y niñas que gozaban de innumerables beneficios eran solamente los hijos de los faraones, reyes, emperadores o aristócratas, mientras otros tantos millones de niños padecían los más grandes castigos físicos y psicológicos que podían existir, sin la posibilidad de poder reclamar o reivindicar sus derechos como persona por el hecho que no eran considerados como tales, no se veían como titulares de ninguna

³⁷ García Méndez, Emilio, "La Legislación de Menores en América Latina, Una Doctrina en Situación Irregular". P. 4.

clase de derechos y mucho menos se encontraban amparados por algún tipo de protección legal³⁸. En este sentido con el paso de los años, muchos países del mundo se vieron obligados, en la mayoría de los casos por injerencia extranjera o por presiones económicas, a determinar y reconocer algunos derechos de los niños, sin dejar de verlos como meros objetos de protección y facultando únicamente a sus representantes legales para que ejercieran los “nuevos derechos”.

La doctrina de la situación irregular, surgió de los inicios del positivismo, con esa visión minimalista y excluyente de los niños y niñas, que desde hace 130 años se ha destacado en las legislaciones mundiales, legislaciones referentes no solo a derechos de los niños y niñas sino también en las legislaciones civiles, de Familia, Laborales, etc.

Actualmente es aplicada en algunos países de América Latina, en abierta antagonía con la Convención sobre los Derechos Del Niño, a pesar de haber sido ratificada en la totalidad de países referidos.

3.1.1.2 Características Relevantes.

Se trata en realidad, de una doctrina jurídica, que poco tiene de doctrina y nada de jurídica³⁹, si por jurídico entendemos -en el sentido iluminista- reglas claras y preestablecidas de cumplimiento obligatorio para los destinatarios y para aquellos responsables por su aplicación. Esta doctrina, constituye en realidad, una colcha de retazos del sentido común que el destino elevó a

³⁸ PPDDH, de El Salvador “Derechos Humanos de la Niñez y la Juventud”. P.10

³⁹ García Méndez, Emilio, Óp. Cit., P. 5

categoría jurídica. Su misión consiste en realidad, en legitimar la disponibilidad estatal absoluta de sujetos vulnerables, que precisamente por serlo son definidos en situación irregular.

Esta doctrina influyo para que las mayorías de legislaciones latinoamericanas ignoraran principios jurídicos básicos, esto en razón de que dicha doctrina establece que el menor no es titular de derecho, sino objeto de abordaje por parte de la justicia, y en el que el juez puede resolver el destino del niño, sin oírlo y sin tener en cuenta la voluntad de los padres, por lo que se puede privar al niño de la libertad por tiempo indeterminado o restringir sus derechos por la sola situación socioeconómica, aduciendo peligro material o moral. Es por ello que el menor es considerado como objeto de compasión y de represión⁴⁰ desatendiendo completamente las causas sociológicas que impulsan al menor a cometer cualquier tipo de actos lícitos o que los colocaron en desventaja por encontrarse moral o materialmente abandonados, es decir que aquí se atacaron los efectos sin tocar las causas que lo motivaron.

Es por ello que de acuerdo al profesor Alessandri Barratta, la doctrina de la situación irregular es la antítesis de toda protección legal y social, en la cual la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los menores, y la transgresión de las normas, que se sobreponen creando una confusa situación protectivo-punitiva⁴¹, es decir que los menores infractores y los menores en circunstancias especialmente difíciles, sean tratados con los mismos patrones de los adultos sin ningún tipo de diferencia.

⁴⁰ Instituto Salvadoreño de Protección Al Menor, "Memoria de Labores del año de 1995" Pág. 18.

⁴¹ *Ibíd.*

Para García Méndez, esta doctrina no significa otra cosa que “legitimar una potencial acción judicial sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad. Definido un "menor" en situación irregular (recuérdese al incluirse las categorías de material o moralmente abandonado, no existe nadie que potencialmente no pueda ser declarado irregular), anotándose por "soluciones" de naturaleza individual que privilegian la institucionalización espacio o la adopción”⁴².

En este sentido la característica esencial de la Situación Irregular es que los menores pasan a ser objeto de tutela por parte del Estado, representados por el Juez de Menores. Ya que todo menor pasado a Situación Irregular, era considerado una carga residual para el Estado, por lo que entre las características que podemos mencionar de esta doctrina están:

- a) Que únicamente contemplaba a los niños como: niños infractores de las leyes penales o partícipes de conductas antisociales, niños en estado de abandono material y moral, niño en situación de riesgo, niños cuyos derechos se habían visto vulnerados y niños con discapacidad física o mental⁴³.
- b) Consideraba que dichos niños constituyan un riesgo social, por lo tanto eran objeto de tutela y se les catalogó como menores⁴⁴.
- c) En el ámbito jurisdiccional el juez actuaba con absoluta discrecionalidad, no existía contradictorio, así como también no se les reconocían garantías procesales, por lo que el juez podía disponer del

⁴² García Méndez, Emilio, “Infancia y Derechos Humanos”, P. 292

⁴³ Calderón Beltrán, Javier E, “De la Doctrina de la situación Irregular a la Doctrina de Protección Integral, la Hegemonía del Interés superior del Niño”.

<http://escribiendoderecho.blogspot.com>. /11:30/21092010.

⁴⁴ *Ibíd.*

menor adoptando las medidas que el considerara como la más conveniente, siempre y cuando haya peligro moral o material; se podía privar al menor de su libertad por tiempo indeterminado, así como también las medidas educativas podían ser indeterminadas.

- d) El estado ejerce un rol directamente, asumiendo el compromiso de proteger al menor; estableciendo para ello los mecanismos protección y de control, por los cuales de alguna forma le permitían disponer de la vida de los menores⁴⁵.
- e) En el ámbito de tutela, un menor pobre podía considerarse situación irregular de abandono, por lo que el estado tenía potestad para separarlo de sus padres⁴⁶.
- f) Exclusión a ciertos principios básicos del Derecho, entre ellos los de la Constitución⁴⁷.

Es por esta razón que los menores son considerados como objetos de protección, de los que el Estado podía disponer, como un paciente, como un enfermo que debía ser curado por medio de la reeducación, por lo que se establecía que no era necesario un proceso para determinar la medida educadora o protectora a tomar, y por ende se procedía a extraer al menor de su medio para internarlo, con el fin de lograr su curación, es decir su reeducación, y es por ello que se distinguían dos tipos de menores:

⁴⁵ Calderón Javier E. *Ibíd.* P. 2

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, Libertad 1282. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. P.17

a) Menores en Situación Irregular: son aquellos que han infringido una norma penal y que se ven enfrentados a un encierro al ser declarados como tales.

b) Menores en Situación de Riesgo: son aquellos menores que se encuentran en estado de potencial abandono, ya sea material o moralmente.

La medida reeducadora de internamiento no tenía una forma específica de duración, se determinaba arbitrariamente con el tiempo necesario para la curación del menor, ya sea menor en situación de riesgos o en situación irregular, dependía de observar la conducta del interno y de la voluntad de los funcionarios encargados de la administración y en la observación de los centros de reeducación.

En síntesis podemos decir que la doctrina de la situación irregular durante un largo periodo tuvo su fundamento en que la protección era de tipo compasivo, represivo, de aislamiento y sobre todo de criminalización de la pobreza, concibiendo a los menores como objetos de atención especial y no sujetos de plenos derechos.

3.2 Doctrina de la Protección Integral.

Es preciso comenzar diciendo que la doctrina de la protección integral deviene de la corriente jurídica-sociológica que busca dar una respuesta lógica a la problemática relacionada con los menores, considerándose en ella que para resolver el problema se deben atacar las causas sociales que generan la problemática, debiéndose ofrecer una protección integral, para

lograr el desarrollo psicosocial y emocional del menos, para adaptarlo dentro del grupo social⁴⁸.

La doctrina de la protección Integral surgió hace dos décadas y es uno de los mas grandes aportes que proporciono la Convención sobre los Derechos del Niño, al dejar atrás la doctrina de la situación irregular, para dar el reconocimiento a la niñez como verdaderos sujetos plenos de derechos y que se conoce como “La Doctrina de Protección Integral”, en el que la infancia es una sola y su protección se expresa en la formulación de políticas básicas para todos los niños y que el niño, mas allá de su condición social, es sujeto de derechos y el respeto de estos debe estar garantizado por el Estado, y en el que se establece que el juez solamente puede intervenir cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley, por lo que no puede tomar cualquier medida para imponerla, ya que si lo hace debe tener una duración determinada; así como la obligación de oír al niño, quien tiene derecho a tener un defensor y un debido proceso con todas las garantías y no puede ser privado de la libertad si no es justificado y conforme a las leyes preexistentes para hacerlo.

La definición más clara de lo que debe de entenderse por doctrina de protección integral es dado por Yuri Emilio Buaiz Valera al decir que: “Es el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los Derechos humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al mismo tiempo que sea tiendan las situaciones especiales en que se encuentran los

⁴⁸ García Méndez, Elías. “Derecho de la Infancia y Adolescencia en América Latina”. P. 256

niños individualmente considerados o determinando grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos”⁴⁹.

De acuerdo a el maestro Emilio García Méndez⁵⁰ autor del documento “La legislación de menores en América Latina: de la situación irregular a la protección integral”, expresa que la doctrina de la protección integral hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos, de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en las consideraciones de la infancia reconoce además que el antecedente directo de esta doctrina es la Declaración Universal de los Derechos del Niño, la cual se resume en cuatro instrumentos básicos:

1. Convención Internacional de los Derechos del Niño.
2. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing).
3. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para los Jóvenes Privados de la Libertad.
4. Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Directrices de Riad).

La promulgación de la Convención constituye la etapa fundamental del camino para superar la vieja doctrina de la situación irregular su importancia

⁴⁹ Buaz Valera, Yuri Emilio, “La doctrina para la Protección integral de los niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones”, citado por Vanesa Carolina Martínez Aguilar en el Taller sobre la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia en febrero del 2010.

⁵⁰ Emilio García Méndez, Óp. Cit. P. 46

se percibe como un cambio fundamental en que se crea de una percepción, radicalmente nueva, de las condiciones de la infancia, tratando de evitar continuar dándole soluciones penales a problemas sociológicos y superar además la terminología menor, llamándoles niños y adolescentes⁵¹.

Por medio de esta doctrina se comienza a superar la concepción filantrópica y caritativa que se le daba a la protección de los menores, haciendo que El Estado tome el papel protagónico que debió tener y así evitar las causas históricas que han dejado a los niños y adolescentes como sector marginado de la sociedad, ya que constitucionalmente es el Estado el obligado de crear una política que contenga los instrumentos y servicios que favorezcan el apoyo familiar a los menores en situación de riesgo, entendiendo por ello, a los niños que se encuentran potencialmente abandonados.

La doctrina de la protección integral ubica a los menores como sujetos de derechos, como personas en condición particular de desarrollo que deben ser considerados con prioridad absoluta, en todos los órdenes de la sociedad⁵², asegurando por medio de la convención un trato especial diferente, basado en el respeto de los derechos humanos, garantizándoles los principios básicos fundamentales, reconocidos a los adultos por el derecho internacional, en la mayoría de legislaciones de América.

La doctrina de la protección integral se pronuncia por la necesidad de la división de la administración y la jurisdicción, y es por ello que ahora la administración ha ganado protagonismo respecto a la gestión de medidas de protección social, pretendiendo hacer efectiva la participación de la sociedad

⁵¹ Barratta, Alessandro. Elementos de un Nuevo Derecho para la Infancia y la Adolescencia", En la Niñez y la Adolescencia en conflicto con la Ley Penal. Pág.48.

⁵² García Méndez, Óp. Cit., P. 39

civil en la gestión y aplicación de las medidas, para crear el mecanismo necesario a través de las municipalidades, entendiendo como principio de administración desde abajo el hecho de tomar en cuenta la integración del menor al seno familiar, sin olvidar su situación, porque siempre a través del ente administrativo es vigilado su comportamiento frente a su estado de potencial abandono.

Un punto fundamental en la aplicación de esta doctrina, es el hecho de tomar la medida de protección, como medida extrema ante el abandono de los menores, o la necesidad social de incorporarlo al desarrollo del país, ofreciéndole la satisfacción de las necesidades que como menor afronta, esto significa efectivizar el derecho de protección a los menores que se encuentran en situación de riesgo.

3.2.1 Conceptualización de la Protección y de Niño.

Al hacer referencia a los conceptos de “protección” y de “niño” nos referimos a ellos como los elementos que sirvieron de base para la elaboración del concepto de Protección Integral.

Por “protección” desde la etimología de la palabra entendemos: apoyo, defensa, amparo, sostén, abrigo, auxilio, salvaguardia, favor, atención, cobijo, cuidado, resguardo, conciliación, garantía, seguridad, tutela, sombra, calor, patrocinio, asilo, refugio, ayuda, acompañamiento, escolta⁵³, todos ellos sinónimos de la acción de proteger, auxiliar a quien está desvalido. Sin

⁵³ Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano UNO, Edición 1994.

embargo, se tiene una definición más precisa del este término como el conjunto de actividades continuas y permanentes encaminadas a proporcionar el desarrollo integral. Aquí surge el concepto conexo que permite delimitar con mayor claridad el de protección, y es el desarrollo integral, que implica un universo de nociones técnicas y éticas que sirven de sostén a la doctrina de la protección integral. Y entendemos que al interior de dicho concepto se encuentra la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades, su capacidad participativa y organizativa, su liderazgo al interior de los sistemas sociales a los que pertenece, y en lo fundamental a la construcción de identidades, que los convierta en garantes de libertades y derechos.

Qué distinta ésta concepción de niñez y adolescencia, a la que imperó a lo largo de tantos años. La cuestión de la integralidad abarca pues, no solo lo atinente al desarrollo psico-motor, en las denominadas teorías de la personalidad, o la reflexión sobre fisiología y personalidad, que habrán de marcar el derrotero posterior de varias escuelas de la sicología experimental y clínica, con gran influencia en el estudio del niño y la explicación de su conducta, sino que va más allá, mucho más allá, hasta buscar el concepto de la potencialización de la personalidad, de la construcción de identidades, como gran marco rector. Es por ello que en la Convención sobre los Derechos de Niño, precisamente en el artículo número uno, se define al niño como todo ser humano menor de dieciocho años de edad, y para lograr la verdadera protección de sus derechos es que se establecieron los Principios básicos de protección integral de los derechos humanos de los niños y los adolescentes:

a) Principio del Interés superior de la infancia

- b) Principio de autonomía progresiva del ejercicio de sus derechos
- c) Principio de igualdad ante la ley.

3.2.2 Características Relevantes

Entre las características fundamentales de la Doctrina de Protección Integral podemos mencionar:

- a) Contempla y reconoce a todos los niños como sujeto de derecho con sin hacer distinción alguna se le reconoce los derechos humanos de todo ciudadano con él la idea de que son atributos propios de su intrínseca condición humana. Además de reconocerles todo los derechos de los adultos, se le reconocen los derechos especiales, por su condición de vulnerabilidad al ser sujetos en desarrollo.
- b) Se cambia la concepción de menores, por el término del niño, al ex palacio decía: que esto no simplemente responde a una opción terminológica, sino a una concepción distinta, el cambio de un ser desprovisto de derechos y facultades de decisión, sujeto de derechos.
- c) El juez únicamente interviene cuando existen conflictos jurídicos o vulneración de la ley penal existe acusación, derecho a la defensa y derecho a un debido proceso con todas las garantías legales, su actuación está limitada al interés superior del niño, únicamente puede privar al niño de su libertad ambulatoria como ultima ratio, cuando se haya infringido en forma reiterada y grave la ley y por el término más breve posible. El juez sólo se aboca a conocer problemas de orden

jurídico. El juez está obligado o escuchar al niño y tener en cuenta su opinión teniendo su particular condición estaría.

- d) Mediante políticas públicas y de protección especial, el estado se convierte en promotor del bienestar del niño.
- e) Por motivo de pobreza, jamás se podrá separar al niño de sus padres como por lo mismo el Estado asume un deber solidario de fomentar programas de salud, vivienda y educación para la gente de escasos recursos económicos.

3.3 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

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, lo 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.

Bajo este contexto se busca, la superación de la práctica 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**

derechos⁵⁴, incorporando los principios y valores en que se funda “la Doctrina de la Protección Integral”. Es decir es por medio de esta ley que se pretende cumplir el compromiso del Estado de brindar la capacidad que ellos necesitan para exigir sus derechos.

3.4 Diferencia entre Ambas Doctrinas.

La nueva concepción de la infancia que la Convención sobre los Derechos del Niño introduce a partir del nuevo paradigma de protección integral, presenta diferencias con la concepción tradicional de la situación irregular, algunas de las cuales pueden apreciarse en el siguiente cuadro.

SITUACION IRREGULAR	PROTECCION INTEGRAL
Solamente contempla a los niños, niñas y adolescentes más vulnerables, a quienes etiqueta con el término “menor” e intenta dar una solución a la situación crítica que atraviesa mediante una respuesta estrictamente judicial.	<p>La infancia es una sola y su protección se expresa en la exigencia de formulación de políticas básicas universales para todos los niños.</p> <p>Art.2, CDN: se encuentra el principio de no discriminación</p> <p>“No podemos discriminar en la aplicación de la ley”</p>

⁵⁴ Unidad Técnica Ejecutiva de El Salvador, “Exposición de Motivos de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia”, P.2

<p>El niño o “menor” a quien van dirigidas estas leyes no es titular de derechos, sino objeto de abordaje por parte de la justicia</p>	<p>El niño, más allá de su realidad económico social, es sujeto de derechos y el respeto por los mismos debe estar garantizado por el Estado</p> <p>Art.3 CDN: su interés es el cumplimiento de sus derechos (niño es portador de derechos)</p>
<p>El juez interviene cuando considera que hay “peligro moral o material”, concepto que no se define y permite “disponer del niño, tomando la medida que crea conveniente y de duración indeterminada</p>	<p>El juez sólo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal, no puede tomar cualquier medida y si lo hace debe tener duración determinada</p> <p>Art.9 y 19 CDN: derecho a crecer en familia.</p>
<p>El Estado interviene frente a los problemas económico-sociales que atraviesa el niño a través del Patronato, ejercido por el sistema judicial como un patrón que “dispone” de su vida</p>	<p>El Estado no es “patrón” sino promotor del bienestar de los niños. Interviene a través de políticas sociales, ya sea básicas (educación, salud), asistenciales o de protección especial (subsidios directos, pequeños hogares), planificación con participación de los niños y la comunidad</p>
<p>Considera abandono, no sólo la falta de padres, sino también situaciones generadas por la pobreza del grupo familiar, pudiendo separarse al niño del</p>	<p>La pobreza no es un asunto del Poder Judicial</p> <p>La situación económico-social nunca</p>

<p>mismo</p>	<p>puede dar lugar a la separación del niño de su familia. Sin embargo constituye una <u>alerta</u> que induce a apoyar a la familia en programas d salud, vivienda y educación</p> <p>Art.27 CDN</p>
<p>El juez puede resolver el destino del niño en dificultades sin oírlo y sin tener en cuenta la voluntad de los padres</p>	<p>El niño en dificultades no es competencia de la justicia.</p> <p>Los organismos encargados de la protección especial están obligados a oír al niño y a sus padres para incluir al grupo familiar en programas de apoyo</p> <p>Art.12 CDN: principio guía</p> <p>(información y voz) competencia (actos y derechos personalísimos)</p>
<p>El niño que cometió un delito no es oído y no tiene derecho a la defensa e incluso cuando sea declarado inocente puede ser privado de su libertad</p>	<p>El juez tiene obligación de oír al niño autor del delito, quien a su vez tiene derecho a tener un defensor y un debido proceso con todas las garantías y no puede ser privado de la libertad si no es culpable</p>
<p>Se puede privar al niño de la libertad por tiempo indeterminado o restringir sus derechos sólo por la situación socio-económica en la que se encuentra aduciendo “peligro material o moral”</p>	<p>Se puede restringir los derechos o privar de la libertad al niño sólo si ha cometido infracción grave y reiterada a la ley penal</p>

<p>El juez puede tomar la medida que le parezca (en general internación) por tiempo indeterminado, aun cuando no la llame pena</p>	<p>El juez aplica medidas alternativas, de acuerdo a la gravedad del delito, diferente a la internación, de carácter socioeducativo (amonestación, trabajo solidario, obligación de reparar el daño, libertad asistida) con revisión periódica y tiempo determinado</p>
--	---

Como se puede observar en anterior cuadro comparativo, ambas doctrinas son evidentemente diferentes. Esto en razón de que Para la doctrina de la situación irregular las llamadas leyes de protección de los niños por parte del Estado sólo plantean su protección a través de la regulación de los organismos judiciales (juzgados de menores) y administrativos centralizados (áreas de minoridad)

Mientras que para la doctrina de la protección integral, el sistema judicial es solamente un capítulo más y existe para dirimir problemas estrictamente jurídicos. Ya que las leyes plantean que “la verdadera protección de los niños está dada a través de política sociales, en la que se logra definir el rol de Estado Central como promotor de políticas de bienestar y el rol de los organismos locales (municipios) y de las organizaciones comunitarias como ejecutoras de las mismas, privilegiando así la descentralización hacia donde surgen los problemas de la gente”⁵⁵.

⁵⁵ Nueva concepción de la infancia que la Convención sobre los Derechos del Niño introduce a partir del nuevo paradigma de protección integral, UNICEF.

CAPITULO 4

4.1 DERECHO COMPARADO

4.1.1 Análisis Comparativo de los diferentes Cuerpos Normativos a Nivel Suramericano y Centroamericano que velan por la Protección de los Derechos de la Niñez.

La concepción de niñez y adolescencia descrita someramente en el capítulo anterior, entró en crisis en la década de 1960 en Estados Unidos y en la década de 1980 a nivel de la comunidad internacional. Con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en 1989, se cerró el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los “Salvadores del Niño”, que concebía la protección de la infancia en los términos ya explicados, y se inauguró la nueva etapa, que puede ser definida como etapa de la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes⁵⁶.

En este sentido podemos decir que al momento de ratificar la CDN, en la mayoría de la legislaciones latinoamericanas imperaba la Doctrina de la Situación Irregular, con lo que en la práctica, se produjo una colisión entre ambas normas, además de haber demostrado su inoperancia para enfrentar los graves problemas que aquejan la niñez y la adolescencia, porque contradecía abiertamente los postulados de la CDN, basados en el modelo protector y garantista de los derechos de los niños y adolescentes, representado en la Doctrina de la Protección Integral.

⁵⁶ Protección Integral De Derechos Del Niño Vs Derechos En Situación Irregular, Pág. 107. Mary Beloff.

Esta nueva concepción se construyó no sólo a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sino también a partir de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros documentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia, y por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y que pueden evidentemente devenir obligaciones en la medida en que se conviertan en costumbre internacional.

Es por ello que para la presente investigación se vuelve totalmente necesario realizar un estudio a nivel Centroamericano, es decir Guatemala, Honduras, Costa Rica, Nicaragua y El Salvador, y a nivel Suramericano, Venezuela, Uruguay, Colombia, esto en razón de que en América latina son los que han desarrollado de mejor manera sus cuerpos normativos para velar por la protección de los Derechos de la niñez y la Adolescencia.

4.1.2 Celebración y Ratificación de la Convención de los Derechos del Niño.

Esta movilización de la que se viene hablando tuvo su origen principal en la aprobación que dio las Naciones Unidas en 1989 a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en esta convención se logra un cambio de paradigma debido a que se reconocen a los niños y adolescentes como un sector fundamental en la sociedad y en general el niño pasa de ser un sujeto tutelado a un sujeto de derechos, permitiendo de esta manera dar

protección social y jurídica a los niños y adolescentes, la primera protección de la que se habla, esta enmarcada, en crear un conjunto de actividades que propicien el desarrollo de la personalidad, la segunda es decir la jurídica es la encargada de la creación de instancias que velen por la protección de los derechos de la niñez y adolescencia en cada uno de los estados ratificantes.

En este sentido se vuelve de mucha importancia hacer énfasis en que la CDN, es la que sirvió de base para la creación de la Nueva Doctrina de Protección Integral y que fue firmada y ratificada por muchos países de la Región Centroamericana y Suramericana, por lo que a continuación se hace mención el momento en que fue celebrada y ratificada la CDN.

En Venezuela, fue celebrada el 26 enero 1990, su ratificación fue el 13 septiembre 1990, y la Fecha de entrada en vigor 13 octubre 1990. En Colombia fue firmada por 26 enero 1990, su ratificación fue el 28 enero 1991, y la Fecha de entrada en vigor 27 febrero 1991. En Uruguay fue firmada 26 enero de 1990, su ratificación fue el 20 noviembre de 1990, y la Fecha de entrada en 20 diciembre de 1990. En Guatemala fue firmada el 26 enero de 1990, su ratificación fue el 6 junio 1990, y la Fecha de entrada en vigor 2 septiembre de 1990. En Honduras fue firmada el 26 enero de 1990, su ratificación fue el 6 junio de 1990, y la Fecha de entrada en vigor 2 septiembre de 1990, En Nicaragua el 6 febrero de 1990, su ratificación fue el 5 octubre de 1990, y la Fecha de entrada en vigor 4 noviembre 1990, En Costa Rica fue firmada el 26 enero de 1990, su ratificación fue el 21 agosto de 1990, y la Fecha de entrada en vigor 20 septiembre 1990, y En el

Salvador fue firmada 26 enero de 1990, su ratificación fue el 10 julio de 1990, y la Fecha de entrada en vigor 2 septiembre de 1990”⁵⁷.

Con la ratificación de la CDN, se volvió necesario que los diferentes cuerpos normativos internos de cada uno de los países ratificantes, se adaptaran a la luz de la CDN, es decir que se adoptara la Doctrina Protección Integral, por lo que se volvió necesario el reconocimiento de los términos "sujetos plenos de derecho", "protección integral", "prioridad absoluta", "interés superior", "incorporación a la ciudadanía activa", entre otros, se identifica que con la Doctrina de la Protección Integral y sus principios rectores, inspiradores del articulado de la Convención, buscan una nueva orientación sociológica y jurídica.

4.2 Retos del cambio de Paradigma de la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de Protección Integral.

En este sentido se vuelve necesario hacer un análisis del nuevo paradigma protector de la Doctrina de protección Integral, que tiene como uno de sus principales propósitos el de abolir la discriminación, al hacer sujetos y beneficiarios de la Leyes existentes a todos los niños y adolescentes, quienes ya no son objeto de tutela, sino sujetos de protección, cuyas necesidades dejan de ser vistas o respondidas bajo el criterio de la lástima, la compasión y la represión; necesidades que ahora se convierten en auténticos derechos, frente a los cuales encontramos a una serie de entes públicos y privados responsables de hacer efectivo su disfrute.

⁵⁷ “La Convención Sobre Los Derechos Del Niño Quice Años Después, América latina” Pág.10, Producido UNICEF/ Oficina Regional para América Latina Y El Caribe 2004, Ciudad del saber, Edif. 131 Apartado 3667 Balboa, Ancón panamá, Rep. De Panamá.

Es por ello que sobre este punto, se vuelve pertinente citar a Cristóbal Cornieles, cuando afirma que "Desde esta perspectiva, resulta conveniente y necesario evitar el uso de la noción "menor de edad" para referirse a los niños y adolescentes, pues emplearla es poco más que afirmar que ellos son incapaces plenos, absolutos y uniformes en todas las esferas de la vida; Al menos, dentro de la cultura jurídica imperante. Por lo que, para adecuar las legislaciones nacional a la CDN y para lograr la ruptura de paradigma de la Doctrina de la Situación Irregular es imprescindible borrar cualquier vestigio que permita interpretar o entender que los niños y adolescentes carecen de capacidad de ejercicio progresiva"⁵⁸.

En este sentido los retos que implico la ratificación de la CDN, para los países de la Región Centroamericana y Suramericana, que son objeto de nuestro estudio, consistió en adoptar el compromiso de realizar la movilización de la sociedad, con el objeto de conocer y promover los derechos de los niños y adolescentes, identificando las situaciones de violación y de amenazas de los que la niñez era victima; y de esta manera participar en el fortalecimiento de las instancias que hagan posible la verificación y la eficacia de los derechos humanos para los niños.

Además implico, el reto del fortalecimiento de las acciones para garantizar la protección integral de la niñez para que cada uno de los países debían buscar los medios necesarios para logran una vinculación y organización de la sociedad para alcanzar las exigencias de las políticas públicas destinadas para vencer los obstáculos sociales, económicos y culturales que limitaban el

⁵⁸ Cristóbal Cornieles Perret-Gentil, "los principios de la doctrina de la protección integral y las disposiciones directivas de la ley orgánica para la protección del niño y del adolescente", Pág. 42.

desarrollo integral de los niños y adolescentes”⁵⁹. Por lo que la necesidad de fortalecer también a la sociedad civil y a sus organizaciones en el marco de estas medidas de movilización se hace imprescindible para crear y multiplicar la cantidad de personas y organizaciones de la sociedad con el objeto de defender niños y adolescentes violados o amenazados en sus derechos.

Al mismo tiempo que los Estados parte asumieron los retos como compromisos básicos al momento de suscribir y ratificar la Convención, se comprometieron a afirmar las obligaciones de la sociedad, de los gobiernos y de las familias para una vida mejor, digna y de satisfacción de derechos individuales y colectivos de los niños y adolescentes que tenga el asiento de las relaciones humanas sobre las bases de la justicia, la paz y la libertad.

Por último, “la Protección Integral implicó la obligación de realizar un cambio cultural de todos los estados por igual; en ese sentido, debían asumir la responsabilidad de iniciar una transformación, respecto a todos los mitos peligrosistas y los tratamientos compasivos o represivos hacia la Infancia, entendiendo que los niños, niñas y adolescentes son seres en permanente evolución, son ciudadanos que de acuerdo a la dialéctica de la sociedad y a la evolución de sus condiciones, van participando progresivamente en la misma sociedad que durante muchos años les ha relegado”⁶⁰, por lo que están comprometidos a orientar las acciones más adecuadas para el ejercicio eficaz de los derechos, tanto de carácter universal, como los de protección y dejar abolida de una vez por todas la concepción de menores, dentro de los principios de la Doctrina de la Situación Irregular.

⁵⁹ La Doctrina para la Protección Integral de los Niños Aproximaciones a su Definición y Principales Consideraciones. Yuri Emilio Buaiz V. Oficial De Derechos Del Niño/UNICEF.

⁶⁰ Óp. Cit. Yuri Emilio Buaiz V. Pag. 7

4.3 Adecuación de la Normativa Interna a la Luz de la Convención de Los Derechos Del Niño.

Como se menciona anteriormente los retos que implicó la ratificación de la CDN, para cada uno de los países, trajo consigo una serie de compromisos que radicaban en la realización de una transformación a nivel normativo para adecuarla a la luz de la CDN.

Es por ello que haciendo un análisis comparativo y muy profundo de ambas regiones podemos decir que Venezuela: Es uno de los países que a tenido un mayor avance en materia de protección de los Derechos de Niñez; esto en razón de que para dar cumplimiento a la CDN, comenzó una reorganización institucional y normativa, entre las mas importantes que podemos mencionar: esta la Creación de La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente⁶¹, llamado de ahora en adelante (LOPNA).

Es muy importante mencionar que durante el transcurso de la *vacatio legis* entiéndase como tal “La Vacación de la ley. Plazo, inmediatamente posterior a su publicación y durante el cual no es obligatoria”⁶², de la LOPNA, se produjo la aprobación de la Vigente Constitución de Venezuela para ser mas precisos, el 15 Diciembre de 1999 y promulgación el 24 Marzo del Año 2000 (CRBV), siendo precisamente en esta Constitución de 1999, en la que se le otorga un rango Constitucional, a los derechos de la niñez y la adolescencia reconociéndolos como Sujetos de Derecho, y es que precisamente en el artículo 78, se establece que: “Los niños, niñas y adolescentes son sujetos

⁶¹ La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA), promulgada el 2 de octubre 1998 en Gaceta Oficial N° 5.266 y vigente a partir del 1° de abril del año 2000.

⁶² Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas De Torres, Nueva Edición Actualizada, Corregida Y Aumentada Editorial Heliasta S.R.L. Primera Edición. 1979 Undécima Edición, 1993.

plenos de derecho y estarán protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que en esta materia haya suscrito y ratificado la República”⁶³. En Colombia: se logro armonizar el marco legal a esta normativa internacional y ha desarrollado una serie de políticas públicas para prevenir y combatir la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, siguiendo las recomendaciones de la Declaración y el Programa de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños.

Colombia protege a los niños, niñas y adolescentes por medio de la Constitución, y el Código de la Infancia y la Adolescencia y el Código de Procedimiento Penal entre otros. Agrega que gozarán de los derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados (artículo 44 de su Constitución) El Código de la Infancia y la Adolescencia, señala, en relación a los Derechos de Protección, que los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra la explotación económica, la violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución, la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales. En el artículo 7, se reconoce el derecho a la Protección Integral expresando “Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior”.

⁶³Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Texto constitucional vigente que fue aprobado mediante referéndum popular el 15 de Diciembre de 1999 y promulgada por la Asamblea Constituyente el 30 de Diciembre de 1999, durante la presidencia de Hugo Chávez. Art, 78.

También los protege de la venta, la trata de personas, el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre o cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos (artículo 20). Introduce procedimientos especiales ante casos de delitos y asigna obligaciones sobre la prevención y detección de la explotación sexual (Arts. 44, 46 y 89); en este sentido actualizó su legislación penal haciéndola más apropiada en la lucha por prevenir y erradicar los delitos de explotación sexual, pornografía infantil, trata de niños y la explotación de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del turismo. El delito de prostitución de menores está parcialmente tipificado en el Código Penal reformado; previamente sólo se hacía referencia a la prostitución de personas. La pornografía infantil está penalizada en el Código Penal reformado por la Ley 890 del 2004, que sanciona su producción, exhibición, compra y venta (artículo.218 Código Penal).

El delito de la trata y tráfico de personas ha sido contemplado en las modificaciones al Código Penal colombiano. Por medio de la Ley 747 del 2002, se crea el tipo penal “tráfico de migrantes” y “trata de personas”. Los niños, niñas y adolescentes víctimas de trata, son considerados por la Constitución y por la Ley 985 del 2005, que introduce medidas y normas para su atención y protección, siendo así que Colombia también ha actualizado su legislación penal relativa a la explotación de niños, niñas y adolescentes en el ámbito del turismo. El Código Penal, con las modificaciones introducida por la Ley 679, establece sanciones administrativas por publicitar, informar o facilitar relaciones sexuales a turistas con menores.

De cara a la lucha contra la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, Colombia cuenta con el Plan de Acción Nacional para la Prevención y Erradicación de la Explotación Sexual Comercial de Niños, Niñas y Adolescentes diseñado para el período 2006-2011. Los objetivos

perseguidos son: el análisis de la situación; el desarrollo y la aplicación de normas; la atención, restitución y reparación; la prevención; el fortalecimiento institucional; y la participación autónoma de niños, niñas y adolescentes. En Uruguay: La protección de los derechos de la niñez, después de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, se encontró en el Código de la Niñez y la Adolescencia promulgado el 7 de septiembre de 2004, como Ley Número 17.823, y constituye la primera etapa de adecuación del derecho interno a los compromisos internacionales suscritos por la República. Es muy importante mencionar que “Uruguay se ausentó diez años del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas”⁶⁴, al no rendir ningún informe sobre la situación de la niñez y aplicación de la convención desde 1994 hasta 2004. Esta nueva ley en el artículo 224, deroga la Ley Numero 9.342 del 6 de abril de 1934 conocida por el Código del Niño.

Su Constitución de 1967, vigente hasta este momento, agrega en sus disposiciones, en el artículo 40 que “La familia es la base de nuestra sociedad, razón por la cual en el artículo 41, establece que; “el Estado velará por el fomento social de la familia“, en el artículo siguiente dispone que “El cuidado y la educación de los hijos, para que estos alcancen su plena capacidad corporal, intelectual y social, es un deber y derecho de los padres”, en su inciso segundo prescribe que “ La ley dispondrá de medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como contra la explotación y el abuso.

El Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 2, reconoce que “Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y

⁶⁴ <http://www.larepublica.com.uy/politica/263091-uruguay-se-ausento-diez-anos-del-comite-de-derechos-del-nino-de-naciones-unidas>.

garantías inherentes a su calidad de personas humanas”. Entonces se logra concebir al niño, niña y adolescente como aquel que puede ser Sujeto de Derechos. En Guatemala: Siguiendo las recomendaciones de la Declaración y Programa de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños, Guatemala ha reformado su legislación y ha desarrollado algunas políticas públicas relativas a la materia. Las principales leyes que protegen a los niños, niñas y adolescentes son: Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, vigente desde el año 2003, en la que se establece que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra cualquier forma de explotación o abuso sexual (Art. 56). Por lo que El Estado debe adoptar las medidas necesarias para su protección (Art. 54). De igual manera Ley de Dignificación y Promoción de la Mujer aprobada por el Decreto de Ley 7-99 del año 1999, ordena al Ministerio Público omitir el nombre de la víctima de delitos sexuales (Art. 20), respetando y garantizando así su derecho a la privacidad, derecho definido por la Ley de protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Art. 152) y El Código Penal de Guatemala que fue reformado en el año 2005 por el Decreto de Ley 14-2005, introduciendo una serie de modificaciones relativas a la penalización de los delitos de trata de personas con los fines de explotación sexual, prostitución, pornografía o cualquier otra forma de explotación sexual. Las penas del delito de trata aumentan si la víctima de este tipo de delito es un niño, una niña o un adolescente (artículo 194 CP). En Costa Rica: El Código de la Niñez y la Adolescencia, es la normativa jurídica fundamental que vela por la protección de los derechos de la niñez costarricense, es por ello en su Artículo 2 establece que será, “considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho. Ante

la duda, prevalecerá la condición de adolescente frente a la de adulto y la de niño frente a la de adolescente⁶⁵”, en su Art. 5, ordinal 1°, se les reconoce como verdaderos sujetos de derechos y al igual que en el Artículo 10, de dicho cuerpo normativo. En Nicaragua: El 12 de mayo de 1998, fue aprobada la Ley 287, Código de la Niñez y la Adolescencia. Su existencia se apoyaba en la Constitución, que en su Artículo 80 establece la plena vigencia en el país de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Código de la Niñez y Adolescencia, es la herramienta legal para hacer operativos los derechos establecidos en la Convención de los Derechos del Niño, a fin de que niñas, niños y adolescentes, que constituyen más de la mitad de la población nicaragüense, dispongan de un instrumento jurídico para favorecer su maduración equilibrada⁶⁶. En Honduras: En la constitución de 1982 con las reformas desde 1982 hasta 2004, en sus artículos 15 y 119, le da un reconocimiento constitucional a los tratados internacionales que velen por la protección de la niñez así como también protege a los niños desde el instante de su concepción estableciendo en su artículo 67, en el que establece que “Al que esta por nacer se le considerara nacido para todo lo que le favorezca dentro de los límites establecidos por la ley. De igual manera se Creó el Código de la Niñez y la Adolescencia con número de Decreto No.73-96, Publicado En El Diario Oficial La Gaceta No: 28,053, El Jueves 5 De Septiembre 1996, y es la normativa jurídica fundamental que vela por la protección de los derechos de la niñez hondureña el cual tiene como objetivo general de acuerdo a su artículo 2, la protección integral de los niños en los términos que consagra la Constitución de la República y la

⁶⁵ Código De La Niñez Y La Adolescencia, Sancionado 06 de enero de 1998 y Publicado el 06 de febrero de 1998.

⁶⁶ Revista mensual de análisis de Nicaragua y Centroamérica, Investigador de Nitlapán-UCA. Miembro del Consejo Editorial de envío, Edificio Nitlapán, 2do. Piso Universidad Centroamericana UCA Apartado A-194 Managua, Nicaragua, 2005.

Convención sobre los Derechos del Niño, así como la modernización e integración del ordenamiento jurídico de la República en esta materia.

Pero algo muy importantes es de mencionar es que esta legislación no reconoce expresamente a los niños como verdaderos sujetos de derecho, ya que solamente retoma parte del Art. 12 de la CDN, si que de una forma tasita se hace mención de ello, por ejemplo el artículo. 226, del Código de la Niñez y la adolescencia, es por ello que podemos decir que Honduras es uno de los países que mas atrasados en materia de protección de los derechos de la niñez en la región Centroamericana. En El Salvador: La protección de los derechos de la niñez y adolescentes después de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño se encontró en el cuerpo normativo llamado, "Código de Familia», que entró en vigencia en 1994, y que regulaba los deberes y derechos de los miembros de la familia y de la niñez, lo que se pretendió con esta nueva legislación era derogar totalmente el Código de Menores por lo que adopto, el Principio de Protección Integral de la CDN, por lo que este código en su momento pretendió regular en un solo cuerpo toda la normativa referida a la protección de los derechos de la niñez, en diversos aspectos como son salud, educación, asistencia Social y Legal, entre otros; "Pero es hasta el 21 de marzo de 2009 que la Ley de Protección Integral de la niñez y la Adolescencia, fue aprobada y publicado en el Diario Oficial. No. 68, el 16 de abril de 2009"⁶⁷, teniendo como fin primordial como ya se menciono anteriormente la protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, proponiendo mecanismos sociales y jurídicos que se traducen en efectivos procedimientos administrativos y judiciales, para denunciar y sancionar las infracciones para los responsables de afectar los derechos de las niñas, niños y adolescentes salvadoreños.

⁶⁷ Óp. Cit, LEPINA.

4.4 Análisis Comparativo de los Procedimientos Judiciales Garantes del Acceso a la Justicia de la Niñez y la Adolescencia en Suramérica y Centroamérica.

A continuación se presenta un análisis comparativo de los diferentes aspectos mas relevantes en los procesos judiciales que conciernen en la materia de protección de la niñez a nivel Centroamericano y Suramericano.

En necesario comenzar diciendo que cuando hacemos referencia al acceso a la justicia nos estamos refiriendo a un Derecho que también se a denominado por la doctrina española como derecho a la tutela judicial efectiva, y es aquel en el que “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derecho e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión⁶⁸. Así como también “implica la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica, social o de cualquier otra naturaleza, de acudir ante los tribunales para formular pretensiones o defenderse de ellas, de obtener un fallo de esos tribunales y, que la Resolución pronunciada sea cumplida y ejecutada”⁶⁹.

4.4.1 Legitimación para Presentar la Demanda

Es necesario comenzar diciendo que cuando hablamos de legitimación estamos haciendo referencia a que personas son "justas partes" o las "partes

⁶⁸ BONILLA LÓPEZ, Miguel., Tribunales, territorio y acceso a la justicia, en Justicia, Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional, Tomo I, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pág. 270

⁶⁹ Derecho de acceso a la Justicia, Por Dra. Martha Rojas Álvarez, Pág. 1

legítimas", es decir quienes tiene la aptitud jurídica que las caracteriza para una legitimación para obrar o legitimación procesal, a la que cabe definir como "aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso⁷⁰.

Con ello queda dicho que la legitimación es un requisito que afecta tanto al actor como al demandado, pues ambos deben estar procesalmente legitimados. Además, el concepto enunciado pone de manifiesto los distintos ámbitos en que se mueven los requisitos de capacidad y legitimación, pues un sujeto puede gozar de capacidad procesal y carecer de legitimación, y viceversa.

La exigibilidad de formalismo para hacer la presentación de la demanda o acusación debe en alguna ocasión hacerse por medio de una denuncia cuando los derechos de la niñez se vean agraviados o cuando estos infrinjan los derechos de los demás, es una de las características que tienen en común los cuerpos normativos de la región Centroamericana; siendo así que los niños y adolescentes al momento de comparecer ante el juez deben hacerlo a través de sus representantes o tutores. Es así que en Guatemala, existe la Ley de Protección Integral del Niñez y la Adolescencia, y en su artículo 117 establece que el inicio del Proceso puede ser por Denuncia presentada por cualquier persona; ¿a cual persona se refiere?, el artículo 161, se refiere a los Sujetos Procesales y dice que estos tienen el derecho de ser representados y oídos en el ejercicio de su defensa; pero es mas claro en

⁷⁰ Manual de Derecho Procesal Civil. Lino Enrique Palacio, Edición 17ª, Ed.- 2003. Buenos Aires

el artículo 167 en que dice “que desde el inicio hasta el final del proceso los adolescentes deberán ser asistidos por un Defensor quien tiene que ser Abogado”,

Es preciso mencionar que en los cuerpos normativos de Honduras y Nicaragua, existe un procedimiento meramente penal en el que se reconocen a la niñez y adolescencia como sujetos plenos de derechos, en el caso de Honduras no los reconoce expresamente a la niñez como sujetos plenos de derecho sino que es tácitamente, ya que sus derechos pueden hacerse valer a través de un proceso penal cuando estos les han sido violentados. En este sentido podemos decir que no existe un procedimiento específico fuera del proceso penal, para que los niños y adolescente puedan acudir ante el juez competente para reclamar sus derechos cuando se les han sido violentados, por Ejemplo: En Honduras, existe el “Código De La Niñez Y La Adolescencia” y el Objetivo es la protección integral de los Niños. Este cuerpo normativo solamente establece en sus artículos 226 y 227 que es necesario la intervención en el proceso por medio de un Abogado, En Nicaragua, de acuerdo al Código de la niñez y la Adolescencia, establece en su artículo 121 quienes tienen la legitimación procesal y dice que la tiene el niño, niña o adolescente, diciendo que es necesario su intervención por medio de un Abogado, En Costa Rica, Según el Código de la Niñez y la Adolescencia en el artículo 104 dice que ellos tienen el Derecho a Denunciar una acción cometida en su perjuicio y a ejercer por medio de su representante las acciones civiles correspondientes, en el artículo 108 se le reconoce la legitimación para actuar como parte, en el literal d) Establece que pueden los adolescentes mayores de 15 años de edad, personalmente o por medio de su representante actuar en el proceso, en El Salvador, La ley de protección Integral de la Niñez y la adolescencia le reconoce la Legitimación Activa en el artículo 219, al establece que la tienen: a) el niño, niña y adolescente cuyos

derechos han sido vulnerados, b) la madre, el padre o sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad ò segundo de afinidad, c) el Procurador General de la República y, d) el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.. En Sur América: Venezuela, establece en La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (LOPNA) en su artículo 91, que cualquier persona puede denunciar ante las autoridades competentes, estableciendo específicamente en el artículo 451 que reconoce la capacidad procesal del adolescente para ejercer la defensa de sus derechos. En Uruguay, El Código De La Niñez Y La Adolescencia, establece en su artículo 2 que reconoce a los niños como sujetos de derecho, por lo tanto estos tienen legitimación procesal para presentar la demanda por medio del Abogado. En Colombia, El Código de la Infancia y la Adolescencia establece que estarán legitimados para comparecer en los procesos con el propósito de hacer valer sus derechos por medio de cualquiera de sus representantes legales o por medio del Defensor de Familia (Artículos. 110, 118 y 135).

Algo muy importante de mencionar es que existe un procedimiento judicial cuando los niños, las Niñas o los Adolescentes son victimas de delitos, en los Arts. 192 al 200, y aunque en el mismo cuerpo normativo se regula Sistema De Responsabilidad Penal Para Adolescentes, están separadas por instituciones jurídicas, Arts. 140 al 162.

4.4.2 Competencia Judicial para conocer de los Procesos En Cada País.

A nivel del derecho comparado en la legislación de la Región Centroamericana y Suramérica, se establece la existencia de una jurisdicción

especial competente, para conocer los casos cuando los derechos de la niñez se vean vulnerados. Es así que, En Guatemala, En el artículo 104, establece que serán competente para conocer los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia y por vía excepcional los jueces de Paz (artículo 103), y en los lugares donde no hubiere Ministerio Público el juez de paz (artículo 195 inciso 5º). En Costa Rica, El Juez Competente para conocer del proceso especial de protección, de acuerdo al artículo 141, son los Jueces de Familia de la jurisdicción del domicilio de la persona menor de edad involucrada en el proceso, con la variante que es necesario agotar primeramente la vía Administrativa (Artículo 128), para poder acudir a la vía judicial, (Artículo 142), mientras que el proceso puede comenzar de oficio o por denuncia (Artículo 132). En Honduras, El Juez competente para conocer sobre la violación de los derechos de la niñez son los Juzgado de la Niñez (Artículo 147). En Nicaragua, el Juez competente para conocer son los Juzgados Penales de Distrito de Adolescentes, (Artículo 114), En El Salvador, se establece que los tribunales competentes para conocer en materia de protección de los derechos de la niñez serán los que establece el (Artículo 214), “Juzgados Especializados y Cámaras Especializadas de Niñez y Adolescencia”.

Es de hacer notar que tanto en Guatemala, Honduras, Costa Rica y Nicaragua, existe una similitud en cada uno de sus cuerpos normativos, que velan por la protección de los derechos de la niñez, y es que precisamente se puede evidenciar la existencia de una competencia mixta, en razón de la materia, ya que en los países mencionados anteriormente, la jurisdicción penal esta contemplada en el mismo cuerpo normativo y cuando los menores desean hacer valer sus derecho por habérseles violentado son estos mismo jueces concedores en materia penal los que resuelven; o en por vía excepcional los jueces de paz. Pero Costa Rica, hace una diferencia precisa

de un procedimiento para que los niños y los adolescentes puedan tener acceso a los tribunales competentes y reclamar sus derechos, dejando fuera el procedimiento penal, caso contrario como lo contemplan la legislación de, Guatemala, Honduras y Nicaragua. Pero es totalmente diferente en El Salvador, esto en razón de que existe una ley penal juvenil, que establece los derechos y garantías constitucionales de la niñez y la Adolescencia al momento de ser procesadas penalmente. La “LEPINA”, establece los procedimientos de cómo y cuando los niños y adolescentes pueden acudir ante los tribunales competentes y que de acuerdo al artículo 214, serán los Juzgados Especializados de la Niñez y la Adolescencia y las Cámaras Especializadas de Niñez y Adolescencia”, para que puedan ejercer su Derecho de Acción, y de esa manera hacerlos cumplir cuando sus derechos se les han violentado. A nivel Suramericano se establece que: En Venezuela, la (LOPNA), establece en su artículo 173 que los jueces competentes para conocer, serán los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente y la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos sometidos a su decisión, conforme a lo establecido en este título, las Leyes de organización judicial y la reglamentación interna (Artículo 115). La Competencia Judicial. Corresponde a los Tribunales de Protección del Niño y del Adolescente el ejercicio de la jurisdicción para la resolución de los asuntos contenciosos del trabajo de niños y adolescentes, que no correspondan a la conciliación ni al arbitraje. En Uruguay, El Código de la Niñez y la Adolescencia, establece en su artículo 65, que la competencia de los órganos jurisdiccionales en materia de niños y adolescentes son: Los Jueces Letrados de Menores y que entenderán en primera instancia en todos los procedimientos que den lugar las infracciones de adolescentes a la Ley Penal.

En segunda instancia entenderán los Tribunales de Familia. Los actuales Juzgados Letrados de Menores pasarán a denominarse "Juzgados Letrados de Adolescentes", según reforma a los artículos 174 y 173. En Colombia, El Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que la competencia para conocer de los casos en el que los derechos de la niñez se vean violentados, son los Jueces de Familia en única instancia, (Artículo 119), Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, por lo que les corresponde conocer a estos Jueces, en única instancia: 1. La homologación de la resolución que declara la adopción de niños, niñas o adolescentes. 2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el Comisario de Familia, en los casos previstos en esta ley. 3. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes. 4. Resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el Defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia.

Pero algo muy importante de mencionar es que a nivel suramericano la competencia de los tribunales es mixta ya que, el artículo 120 de esta ley de Uruguay, establece que la competencia del Juez Civil Municipal o promiscuo municipal conocerá de los asuntos que la presente ley atribuye al Juez de Familia, en única instancia en los lugares donde no exista éste. Como se puede observar la similitud entre ambas regiones, es que precisamente existe una jurisdicción especializada, que tiene como fin primordial la celeridad en cada uno de los procesos de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, teniendo como objetivo primordial la búsqueda de hacer justicia cuando los niños y adolescentes se vean violentados o que pasen a ser víctimas por acción o por omisión de los entes estatales, o por la misma sociedad en general.

Como se puede observar la similitud entre ambas regiones, es que precisamente existe una jurisdicción especializada, que tiene como fin primordial la celeridad en cada uno de los procesos de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, teniendo como objetivo primordial la búsqueda de hacer justicia cuando los niños y adolescentes se vean violentados o que pasen a ser víctimas por acción o por omisión de los entes estatales, o por la misma sociedad en general.

4.4.3 Oralidad del Proceso

A nivel del derecho comparado podemos decir que los procedimientos en su esencia no son del todo orales, si no mas bien que tienen una modalidad mixta, ya que su momento deben presentarse la denuncia, pero esta debe constar en acta o por escrito, al igual que la acusación cuando le corresponde al Ministerio Publico, por ejemplo: En Guatemala el proceso debe iniciarse con una Denuncia por cualquier persona (Artículo 117), ante el Ministerio publico (Artículo 108), o ante los jueces de la Niñez y la Adolescencia (Artículo 104); la investigación puede iniciarse de Oficio o por Denuncia (Artículo 198), los medios Probatorios deben presentarse por escrito (Artículo 122), así como también los adolescentes pueden presentar medios de prueba (Artículo 155) y a interrogar a los testigos (Artículo 156), también los Adolecentes puede interponer Recursos (Artículo 161). En la legislación Hondureña, la denuncia, querella o acusación debe presentarse por escrito el tribunal de familia o ministerio publico (Artículo 232), y El desarrollo del proceso es oral y escrito, es decir mixto de acuerdo a lo establecido en los artículos 247 y 248; puesto que las investigaciones pueden iniciarse de Oficio (artículo 147), los medios probatorios deben ser

escritos, (Artículo 250), los documentos probatorios deberán leerse y exhibirse en la audiencia e indicarse su origen, e incluso las grabaciones y las pruebas audiovisuales deberán reproducirse por escrito. En Nicaragua, la denuncia puede Interponerse por cualquier medio (Artículo 153). La acción le corresponde a la Procuraduría General de Justicia (Artículo 151), las investigaciones se pueden iniciar de Oficio o por Denuncia pero esta última debe ser presentada por escrito (Artículo 157), el desarrollo de las audiencias deben ser Orales (Artículo 101 y 173), y algo muy importante es que al igual que en Honduras, el menor también puede interrogar a los testigos. En Costa Rica, la Denuncia debe presentarse ante el Ministerio Público o ante el Consejo de la Niñez y la Adolescencia, (Artículo 49,104), el proceso puede iniciarse por cualquier persona (Artículo 132 y 133), el Proceso es Oral y Escrito (Artículo 113 literal d), 90, 144 y 145. En El Salvador, la denuncia puede hacerla cualquier persona (Artículo 70 y 135 numeral 12 y 161 literal i) LEPINA) la denuncia puede ser oral o escrita (Artículo 205 y 207), el proceso es Oral (Artículo 221, 239).

A nivel Suramericano, se establece que, En Venezuela, en la ley, (LOPNA), establece que es Deber y Derecho de Denunciar las Amenazas y Violaciones de los Derechos y Garantías de los Niños y Adolescentes con base en el artículo 91, Todas las personas tienen derecho de denunciar ante las autoridades competentes los casos de amenazas o violaciones a los derechos o garantías de los niños y adolescentes, y cuando se interponga una Demanda puede ser por escrito o de manera verbal (Artículo 456). Tratándose de niños o adolescentes, con el requisito que se levantará un acta que la contenga, las audiencias serán Orales con base al artículo 588, los procesos están bajo el régimen de la oralidad. La Recepción de Denuncias y Documentos (Artículo 287); esto es muy importante ya que Los órganos administrativos llevarán un registro de presentación de denuncias o

documentos en el cual se dejará constancias de todos los escritos, peticiones o denuncias orales que se reciban así como de los recursos que presenten las personas interesadas. En Uruguay, El Código De La Niñez Y La Adolescencia, se establece que la denuncia puede ser escrita o verbal por la violación de los derechos de la niñez, entre las que podemos mencionar: maltrato físico, maltrato psíquico-emocional, prostitución infantil, pornografía, abuso sexual y abuso psíquico o físico, la autoridad receptora deberá comunicar el hecho de forma fehaciente e inmediata al Juzgado competente (Artículo 131). El Régimen procesal es mixto esto en razón que en el artículo 176, establece que los informes verbales o escritos que el Juez disponga estará bajo la supervisión de la aplicación de las medidas. Los informes verbales se producirán en audiencia. En esta clase de juicios serán admisibles todas las clases de prueba. En Colombia, El Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 40 Ord. 4, Artículo 82 Ord. 16, se establece que se puede denunciar por cualquier medio, los delitos o las acciones que los vulneren o amenace o por escrito de acuerdo al artículo 111, Ord. 2, 124, 129, en cuanto al desarrollo del proceso podemos hacer referencia a lo establece el artículo 189, en el que ese establece que el proceso será oral , ya que se estipula en esta disposición, que una vez concluidos los alegatos de los intervinientes en la audiencia del juicio oral, de igual manera lo establece el artículo. 191, en el que se establece, que por solicitud del fiscal, la cual contendrá la acusación, el juez de control de garantías enviará la actuación al juez de conocimiento para que este cite a audiencia de juicio oral.

4.4.4 La Fase Conciliadora

Es muy importante mencionar que en Guatemala, Costa Rica, El Salvador y Uruguay, no regulan la fase conciliatoria en cada uno de los cuerpos

normativos que velan por la protección de los derechos de la niñez, caso contrario a lo que sucede en Honduras y Nicaragua, por ejemplo: En Honduras, en su artículo 219, la figura conciliatoria puede darse Extraprocesalmente o Intraprocesal (Artículo. 220 y 221) con la característica que el hecho que se llegue a la conciliación signifique la aceptación de los hechos, pero no procederá la conciliación cuando en cualquier forma se vulneren los intereses de los niños. Dentro del proceso el Juez levanta un Acta se dejara constancia de los pactado por las partes, con la consecuencia jurídica que si no es cumplido lo acordado el proceso continuara hasta dictar sentencia (Artículo 223). En Nicaragua, solamente opera la Fase conciliatoria Intraprocesal, es decir dentro del proceso (Artículos 114 literal e y 145), la conciliación se debe solicitar 10 días después de interpuesta la acusación ante el tribunal puede ser de oficio o a petición de partes, con la diferencia que no se puede conciliar aquellos delitos que merezcan medidas de privación de libertad. Si no se llega a un acuerdo, el juez deja constancia de ello y continua al proceso hasta dictar sentencia.

En Sur América, la figura de la conciliación, es uno de los mecanismos que existe con el fin de ponerle fin a la controversia, que se suscita entre las partes, ya se de una forma Extraprocesal o Intraprocesal. En Venezuela, en la LOPNA, existe la figura de la Conciliación, de forma extraprocesal, se establece en el (Artículo 308), que el procedimiento conciliatorio tiene carácter voluntario y se inicia a petición de parte o a instancia de la Defensoría del Niño y del Adolescente, ante la cual se tramita un asunto de naturaleza disponible que pueda ser materia de conciliación, el artículo 312 establece una fase preliminar. En la que el conciliador les informa la conveniencia de llegar a un acuerdo de naturaleza extrajudicial. El artículo 314, establece que puede llegarse a acuerdo Conciliatorio Parcial, o Total.

En el sentido que la conciliación haya sido parcial, las partes conservan la posibilidad de acudir a las instancias judiciales correspondiente o continuar con los litigios pendientes, el artículo 315, establece que se enviara el Acta de la conciliación total o parcial, al Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, los efectos de sentencia definitivamente firme y ejecutoria.

Cuando la conciliación se realice dentro del proceso, se establece en el artículo 516, que el día de la comparecencia, el juez intentará la conciliación entre las partes y, de no lograrse la misma, procederá a oír todas las excepciones y defensas cualquiera que sea su naturaleza, las cuales resolverá en la sentencia definitiva, y que también procederá, cuando se trate de hechos punibles de acuerdo al artículo 564, siempre que no sea procedente la privación de libertad como sanción, el Fiscal del Ministerio Público promoverá la conciliación (Artículo 565), logrado un acuerdo se levantará un acta donde se determinará las obligaciones pactadas y el plazo para su cumplimiento. Algo muy Importante de mencionar, es que el niño o el adolescente involucrados deben ser siempre oídos y su opinión tomada en cuenta por el conciliador y las partes a los efectos del acuerdo, (Artículo 311). En Colombia, El Código de la Infancia y la Adolescencia, reconoce la conciliación por la vía Administrativa (Artículo 82, 99 y 100), se establece que cuando se trate de asuntos que puedan conciliarse, es decir: por ejemplo la Cuota de Alimentos (Artículo. 111), el Defensor o el Comisario de Familia o, en su caso, el Inspector de Policía citará a las partes, a audiencia de conciliación. Si las partes concilian se levantará acta y en ella se dejará constancia de lo conciliado y de su aprobación.

Por la vía Judicial se establece fracasado el intento de conciliación, o transcurrido el plazo previsto, sin haberse realizado la audiencia, y cuando se trate de asuntos que no la admitan, el funcionario citador procederá a

establecer mediante resolución motivada las obligaciones de protección al menor, incluyendo la obligación provisional de alimentos, visitas y custodia. El funcionario correrá traslado de la solicitud, por cinco días, a las demás personas interesadas o implicadas de la solicitud, para que se pronuncien y aporten las pruebas que deseen hacer valer.

Vencido el traslado decretará las pruebas que estime necesarias, que la resolución emitida admite el recurso de Reposición, este recurso deberá interponerse verbalmente en la audiencia, por quienes asistieron en la misma, y para quienes no asistieron a la audiencia se les notificará por estado y podrán interponer el recurso. Resuelto el recurso de reposición o vencido el término para interponerlo, el expediente deberá ser remitido al juez de familia para homologar el fallo, si dentro de los cinco días siguientes a su ejecutoria alguna de las partes o el Ministerio Público lo solicita con expresión de las razones en que se funda la inconformidad. El juez resolverá en un término no superior a 10 días. En el artículo 174, se establece que la conciliación procederá bajo el principio de oportunidad, la conciliación y la reparación integral de los daños. En el cual se establece que las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad.

Estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Así mismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima.

4.4.5 Fase Probatoria

En las regiones estudiadas, la fase probatoria del proceso se desarrolla luego de la contestación de la demanda, siempre y cuando los puntos vertidos no hayan sido resueltos en la fase conciliatoria. Generalmente los medios probatorios utilizados en cada una de las jurisdicciones especializadas de cada uno de los países de la región, son, Declaración de las partes, Declaración de testigos, Dictamen de expertos, Reconocimiento judicial, Documentos, Medios científicos de prueba, de este ultimo medio probatorio es muy importante decir que no en todos los países se hace uso en el derecho común, pero si hay algunas excepciones de los países que los implementan en otros procesos.

En este sentido podemos comenzar diciendo que, En Guatemala, según el Código de la Niñez y la Adolescencia los medios probatorios pueden iniciarse de Oficio por el juez o a petición de partes, con el requisito indispensable que la proposición de pruebas debe hacerse 5 días antes de la Audiencia Definitiva esto de acuerdo al artículo 122, en esta misma disposición se hace referencia a los medios probatorios a que cada una de las partes puede presentar en el proceso, salvo las excepciones que establece el artículo 217 ya que si en la Audiencia Definitiva los Dictámenes de los Peritos fueren insuficientes, se les puede citar para presentar como prueba su Declaración. En Honduras, según el Código de la Niñez y la Adolescencia en los artículos 248 y 250 los medios probatorios que pueden ser incorporados son: Testigos, Peritos, Especialistas, además en el artículo 249 establece que cuando se presenten pruebas que consistan en grabaciones y pruebas audiovisuales, deberán reproducirse por escrito. Una vez finalizada la etapa preparatoria la prueba será vertida en juicio (Artículo 245). En Nicaragua, según lo establece el Código de la Niñez y la Adolescencia en los arts. 167

inc. 2 y 170 los medios de prueba deben ofrecerse por escrito, salvo que sean nuevas pruebas surgidas después del ofrecimiento (Artículo 176 inciso final). La diferencia es que en esta legislación queda a facultad del juez decir que pruebas son las pertinentes y cuáles no son las pertinentes, por que el mismo juez descarta las pruebas ofrecidas por las partes en el proceso (Artículo 171). En El Salvador, la diferencia es que los medios de prueba que serán vertidos en cada una de las audiencias tienen que ser los que se encuentran establecidos en la legislación del Código Procesal de Familia Salvadoreño y estos son los que establece el art. 51 de la Ley Procesal de Familia en el cual dice: “los reconocidos por el derecho común, la prueba documental y los medios científicos”, ¿a que se refiere con derecho común?, entendiéndose que indica que todos aquellos que se regulan en materia civil, entre ellos encontramos por ejemplo: la Prueba Testimonial (art. 292 CPrC.), Inspección Personal del Juez (art. 366), Prueba por confesión (art. 371). En Venezuela, la LOPNA, en el artículo 454 establece que se admiten los medios de prueba: a) En la prueba testimonial deberá indicarse el nombre. b) En la prueba pericial. c) Si la prueba documental no se aporta con la demanda, se indicará el lugar donde el juez pueda solicitarla; Así como también el (Artículo 468), regula el momento oportuno para la presentación de las pruebas y es momento es en el Acto Oral ya que una vez contestada la demanda o la reconvención, y resueltas las cuestiones previas, si las hubiere, el juez señalara la oportunidad para el acto oral de evacuación de pruebas, es decir la Fase Probatoria (Artículo 470). La confesión es otro medio de prueba permitido conforme al artículo 473. Asimismo, se permitirá a las partes pedirse confesión recíprocamente, sin límite de preguntas, y el interrogatorio se aportará en el acto oral de evacuación de pruebas. De igual manera de permite en el artículo 469. Alegato de nuevos hechos. Las partes pueden alegar hechos nuevos o sobrevenidos durante el proceso hasta antes de la realización del acto oral de evacuación de pruebas. En Uruguay, El

Código de la Niñez y la Adolescencia establece en el artículo 204 que en los juicios serán admisibles todas las clases de prueba, y la no colaboración para su diligenciamiento sin causa justificada, será tenida como una presunción simple en su contra. La excepción de mala conducta no tiene eficacia perentoria. Es decir que se admiten los medio de prueba, como por ejemplo la Prueba Documental (Artículo 29), Prueba Pericial (Artículo 75 numeral 5), la prueba testimonial, bajo la concepción de que se admiten todos los medios de prueba, salvo que en el (Artículo 146), se establece que con los medio de prueba el Juez diligenciará las pruebas ofrecidas y las que juzgue convenientes interrogando a los peticiónates y al niño o adolescente en su caso. En Colombia El Código de la Infancia y la Adolescencia, no establece de manera taxativa los medios de prueba que serán presentada a los tribunales, porque remite a los medios de prueba del Código de Procedimiento Civiles de ese país: por ejemplo el (Artículo, 3, 110 numeral 2, el Artículo 126 y 129). Por lo que haciendo un estudio mas profundo se logro, determinar que los medio de prueba que pueden ser presentadas en la etapa probatoria ante el juez competente son: Los que establece el: (Artículo 213 numeral 2), la prueba científica en los caso de paternidad. La prueba documental, (Artículo 324). Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, (Artículo 1757.), y por ultimo. La confesión de parte, juramento deferido e inspección personal del juez o prefecto, (Artículo 2,505).

En este sentido podemos decir, que la función que realizan en todo el proceso cada uno de los jueces especializados de cada uno de los países de la región, es una función de director del debate, ya que conduce la prueba en busca de la verdad real, tendrá los poderes de conducción, corrección a las partes y podrá admitir o rechazar las preguntas si estimare que son inconducentes o impertinentes, esto conforme a lo que establecen cada uno

de los cuerpos normativos que velan por la protección de los derechos de la niñez y la Adolescencia.

4.1.6 Valoración de los Medios Probatorios

Es muy importante mencionar que en la mayoría de los procedimientos de los que se viene hablando en la región Centroamericana y también la región Suramericana, se establece que los jueces al momento de dictar sus fallos, deben hacer referencia a los medios probatorios que motivaron dar esa resolución, como consecuencia jurídica de haberse vertido la prueba en las instancias correspondiente en cada uno de los procesos. Es así que los jueces de Centroamérica y Suramérica, tienen un sistema mixto, esto en razón de que cada juez esta obligado a dar una fallo, debiendo valorar los medios de prueba que las partes presentaron en su momento. En algunas ocasiones los jueces deben resolver con base a la figura jurídica denominada "Prueba tasada" o "La Sana Critica", cabe aclarar que los cuerpos normativos contemplan en sus disposiciones que método de valoración son los que debe utilizar el juez al momento de dar el fallo, en este sentido, se vuelve necesario hacer una distinción entre ambas.

Es decir que "siempre encontraremos dos sistemas de apreciación de la prueba: el sistema de la prueba legal o tasada, que es aquella en la que el juez está sometido a reglas de una manera absoluta, es decir que nada más resuelve conforme a los medios de prueba que le fueron presentaron; y el sistema de la libre apreciación, entendidas como normas de criterio fundadas en la lógica y en la experiencia del juez, siendo por ello en que el juez goza de una amplitud que le es negada en el otro. Para calificar este

sistema, las leyes de origen hispano hablan de sana crítica; los códigos de otros países utilizan diferentes expresiones: libre convencimiento o convicción y prudente apreciación, son las más generales"⁷¹.

En este sentido, una vez aclarado en que consiste cada uno de los sistemas de valoración que los jueces deben adoptar al momento de dar el fallo, en cada uno de los casos sometidos a su conocimiento, en preciso decir que: En Guatemala, El juez hace la valoración de los medios probatorios y al momento de dar su fallo deberá resolver conforme a las reglas de la Sana Crítica (Artículo 123 y 177 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la adolescencia). En Honduras, Según el Código de la niñez y la Adolescencia en los artículos 104 y 248 el Juez debe de resolver en base a las pruebas presentadas, es decir utiliza el sistema de la Prueba Tasada, En la legislación de Costa Rica, la valoración de la prueba es en razón de la Sana Crítica, (115 Literal h del Código de la Niñez y la Adolescencia). En Nicaragua, según el Código de la Niñez y la Adolescencia en el artículo 138 establece que el juez hará las valoraciones pertinentes conforme a las reglas de la Sana Crítica del juez. El Salvador, la valoración de la prueba presentada ante los Jueces de la Niñez y la Adolescencia adopta la Sana Crítica, (artículo 56 del C.Prc.F). En Venezuela, según el artículo 450 literal k) de la LOPNA, el proceso se fundamenta en la Libertad Probatoria, siendo el sistema de valoración de la prueba el de la Sana Crítica.

En Uruguay, El Código De La Niñez Y La Adolescencia en el artículo 146, establece que el Juez diligenciará las pruebas ofrecidas y las que juzgue convenientes, interrogando a los intervinientes; por lo que se puede entender que el Juez utiliza el Sistema de Valoración de la Sana Crítica. En Colombia,

⁷¹ Op.Cit. Lino Enrique Palacio, Pág. 422

según el Código de la Infancia y la Adolescencia, en el (Artículo 101), establece que en el contenido del fallo, la resolución deberá contener una síntesis de los hechos en que se funda, el examen crítico de las pruebas y los fundamentos jurídicos de la decisión. Cuando contenga una medida de restablecimiento deberá señalarla concretamente, explicar su justificación e indicar su forma de cumplimiento, la periodicidad de su evaluación y los demás aspectos que interesen a la situación del niño, niña o adolescente. La resolución obliga a los particulares y a las autoridades prestadoras de servicios requeridos para la ejecución inmediata de la medida. Según hemos comprendido el Juez realiza un Examen Critico de la pruebas, lo que lleva a entender lo establecido en el articulo 86 donde se detallan las Funciones del Juez, en el numeral 6, dice que mediante una decisión escrita valora las pruebas ofrecidas en el proceso, por lo que a nuestra opinión utiliza el Sistema de la Sana Critica.

En síntesis podemos decir que en Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua Uruguay, Colombia y Venezuela, el método de valoración de los medios de prueba que las legislaciones procesales les otorgan a cada uno de los jueces como aplicadores del derecho es la “Sana Critica”, a excepción de Honduras, que estable como método de valoración la “Prueba Tasada”.

4.4.7 Interposición de Recursos

En necesario comenzar diciendo que, cuando nos referimos a los recursos estamos haciendo énfasis, a los mecanismos meramente procesales, otorgados a las partes intervinientes en el proceso, y a quienes la ley les otorga el derecho para que estos hagan uso de ellos cuando los consideren

necesario, es por ello que para una mejor comprensión, se vuelve necesario dar una definición mas precisa de Recursos. En este sentido debemos entender que los recursos, “Son todos aquellos mecanismo legales que le concede la ley a cada una de las partes para impugnar las resoluciones judiciales, a efecto de subsanar los errores de fondo o los vacios de forma en los que se haya incurrido al dictarlas”⁷²

En este sentido podemos comenzar diciendo, que teniendo claro que los recursos consisten en un mecanismo de impugnación; a nivel de la Región Centroamericana y Suramericana, las legislaciones de cada uno de estos países tienen algo en común, y es que precisamente se establecen que solamente podrán recurrir quienes tengan un interés directo en el asunto, en el escrito de interposición del recurso, deberán expresarse los motivos en que se fundamentan las disposiciones legales infringidas; además deberá ofrecerse la prueba pertinente, cuando proceda. En Guatemala, se establece en la Ley De Protección Integral De La Niñez Y Adolescencia, que las partes podrán recurrir las resoluciones del Juzgado de Adolescentes en Conflicto con la Ley Penal, sólo mediante los recursos de revocatoria, apelación, casación y revisión, esto con base al artículo 227. El Recurso de Revocatoria, debe cumplir con lo que se establece en el Artículo 126, en el que se establece que dicho recurso puede ser interpuesto en forma verbal o por escrito y las resoluciones son revocables de oficio por el juez que las dictó o a instancia de parte, salvo las que pongan fin al procedimiento, este recurso debe ser interpuesto dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación, El juez o tribunal ante quien se interponga el recurso de revocatoria, deberá resolverlo sin más trámite, dentro de las veinticuatro horas siguientes, el Recurso de Reposición o Revocatoria de acuerdo a lo

⁷² Osorio. M. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales, Buenos Aires, Heliasta Pag.842.

que establece el artículo 229. El Recurso de Apelación, según el artículo 232 procederá en las resoluciones: a) la que resuelva el conflicto de competencia, b) la que ordene una restitución provisional a un derecho fundamental, c) la que ordene la remisión. d) La que termine el proceso. e) Las que causen un daño irreparable. El Recurso de Revisión, procederá por los motivos fijados en el Código Procesal Penal de Guatemala (Artículo 236), Podrán promover la revisión, con base en el (Artículo 257 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia): a) El defensor del adolescente sancionado. b) Los ascendientes, el cónyuge, o los hermanos del adolescente que fueren mayores de edad. c) El Ministerio Público. El Tribunal de Casación será competente para conocer de este recurso. El Recurso de Casación procede con forme al artículo 236 contra las resoluciones que terminen el proceso y contra las fijaciones ulteriores de la sanción, siempre que el hecho no constituya una falta, y debe cumplir con los requisitos del artículo 235.

Algo muy importante de mencionar es que en el artículo 131, establece Ocurso de Hecho, el cual consiste que cuando el juez de Primera Instancia haya negado el recurso de apelación, la parte interesada puede ocurrir de hecho dentro de tres días de notificada la denegatoria ante la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia. Recibido el ocurso, se requerirá al juez respectivo la remisión de las actuaciones, las que serán expedidas dentro de veinticuatro horas. El Ocurso será resuelto dentro de veinticuatro horas de recibidas las actuaciones. Si el Ocurso fuere desestimado, las actuaciones serán devueltas al tribunal de origen sin más trámite. Si se declara con lugar el ocurso, se procederá conforme a lo prescrito para el recurso de apelación. Este es un mecanismo legal que ninguna legislación de los países de la región los reconoce, en materia de protección de los derechos de la niñez. En Nicaragua, con base al artículo 185 del Código de la Niñez y la Adolescencia las partes podrán recurrir las

resoluciones del Juzgado Penal del Distrito de Adolescentes mediante los recursos de Apelación, Casación y Revisión, estableciendo que serán apelables las siguientes resoluciones el Recurso de Apelación será procedente: c) La que rechace la admisión de un medio probatorio. d) La que termine el proceso si se trata de faltas, e) La que modifique o sustituya cualquier tipo de medida en la etapa de ejecución. f) La que declare la improcedencia de la acusación. g) La Sentencia definitiva. h) Las demás que causen daño irreparable a cualquiera de las partes. Dicho recurso debe interponerse por escrito (Artículo 188 inc. 3), ante el mismo juez que conoció y resolvió la causa principal, quien posteriormente lo remitirá al Tribunal de Apelaciones. El Recurso de Casación, de acuerdo a lo que establece el artículo 190, procederá y se tramitará ante la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala de lo Penal, quien será la competente para conocer del recurso. El Recurso de Revisión, será procedente (Artículo 112, 118 y 192), por medio de: a) El adolescente sentenciado o su defensor. b) Los ascendientes, los hermanos, hermanas o el tutor del adolescente sentenciado. c) La Defensoría Pública. En Honduras, El Código de La Niñez y La Adolescencia, establece que las partes pueden interponer los Recursos de Reposición (Artículo 104), Los niños puede interponer recursos con base al artículo 226; en tiéndase que cuando hablamos de “Recurso de Reposición” es igual que decir Recurso de Revocatoria ya que “Ambos constituye el remedio procesal tendiente a que el mismo juez o tribunal que dictó una resolución subsane, "por contrario imperio", los agravios que aquélla haya inferido a alguna de las partes”⁷³. En tanto este recurso evita los gastos y demoras que siempre supone la segunda instancia, es claro que su fundamento estriba en razones de economía procesal.

⁷³ Óp. Cit. Lino Enrique Palacio, Pág. 583

Este Recurso de Reposición o Revocatoria, procederá en los asuntos a que se refiere la Sección del Menor En Situación de Abandono o de Peligro (Artículo 141 al 153). Los Juzgados de la Niñez procederán breve y sumariamente, La correspondiente resolución siempre será motivada y contra ella cabrán los recursos de reposición y apelación subsidiaria. El Recurso de Apelación, procederá contra las sentencias definitivas (Artículo 258) dictadas en primera instancia y no establece a que sentencias se refiere. Este recurso se interpondrá oralmente en la misma audiencia, contra una sentencia interlocutoria y concederá sólo en el efecto devolutivo, pero la sentencia definitiva no se pronunciará mientras el tribunal de alzada no se haya pronunciado. La apelación contra sentencias definitivas se concederá sólo en el efecto suspensivo. Se interpone la apelación de palabra en el acto de la notificación o por escrito, y se resolverá en los tres días hábiles. Si la apelación se solicita durante una audiencia, se resolverá oralmente en la misma si se admite, pero si se solicita por escrito, el juez resolverá, en los próximos dos días hábiles. Para la interposición y trámite de los recursos de revisión y casación, se deben cumplir los requisitos que establece el (Artículo 259). En Costa Rica, el Código de la Niñez y la Adolescencia, contempla el Recurso de Apelación en el artículo 139 y establece que se interpondrá ante el Presidente Ejecutivo del Patronato el cual agotará la vía administrativa. El recurso se podrá interponer verbalmente o por escrito, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación, La presentación del recurso no suspenderá la aplicación de la medida. También opera el Recurso de Apelación en la vía judicial. Estableciendo que se podrán apelar con base al artículo 150, los autos que resuelvan definitivamente el procedimiento, determinen la separación de una persona menor de edad de sus padres, tutores o encargados o resuelvan iniciar el procedimiento de protección. El plazo para interponer la apelación será de tres días y podrá presentarse en forma verbal o por escrito. Se admitirá en el efecto devolutivo. El Recurso de

Revocatoria. Conforme a los artículos 149, 152 y 153, podrá interponerse en forma verbal o por escrito dentro de los tres días hábiles siguientes a la notificación. El juez podrá revocar, de oficio o a instancia de parte, todas las resoluciones dictadas en el proceso, salvo las que pongan fin al procedimiento. El juez ante quien se interponga el recurso de revocatoria deberá resolverlo, sin más trámite, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. Algo muy importante de mencionar es que, no reconoce los Recursos de Casación y ni el Recurso de Revisión. En El Salvador, La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, establece en el artículo 241, que podrán interponerse los recursos previstos por la Ley Procesal de Familia; a excepción, del recurso de casación contra las sentencias dictadas. El artículo 148 LPrF, establece que los recursos se interpondrán en forma oral en las audiencias o por escrito, en el tiempo y forma establecidos, bajo pena de inadmisibilidad. Al interponer el recurso deberán indicarse los puntos impugnados de la decisión, la petición en concreto y la resolución que se pretende. Recurso de Revocatoria, en el artículo 150 LPrF, establece que procede contra los decretos de sustanciación, las sentencias interlocutorias y la sentencia definitiva en lo accesorio. Simultáneamente con este recurso podrá interponerse, en forma subsidiaria, el de apelación, cuando proceda. El recurso deberá interponerse y fundamentarse por escrito, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la notificación respectiva, salvo cuando ésta se hubiere dictado en audiencia o diligencia, en cuyo caso, deberá interponerse en forma oral inmediatamente después del pronunciamiento.

En este sentido se establece en el artículo. 151, del Código Procesal de Familia, que la petición de revocatoria debe hacerse, por escrito y se mandará oír en veinticuatro horas a la otra parte para que el recurso se resuelva dentro de los tres días siguientes. Si la revocatoria fuere interpuesta en audiencia o diligencia, se otorgará la palabra a cada parte por un término

máximo de quince minutos y se resolverá inmediatamente, aunque la parte contraria no estuviere presente. En el Recurso de Apelación en su artículo 153 CPrF, establece que procederán en los casos del artículo 240 LEPINA cuando se pronuncie sentencia en uno de los procesos regulados por esa ley, con la diferencia que la Apelación será resuelta en el periodo máximo de 15 días (244 LEPINA).

En Suramérica, Venezuela, establece en el artículo 178 de la LOPNA que los jueces conocerán de los distintos asuntos y de los recursos, conforme al procedimiento que, en cada caso, prevé esta Ley, y que serán competentes para conocer la acción de protección el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente del territorio donde tenga o haya tenido lugar el acto o la omisión. Contra la decisión del juez se admite Recurso de Apelación, que será conocido por la respectiva Corte Superior, el Recuso de Revocatoria (Artículo 326 y 327), y se establece que sólo son apelables las sentencias que resuelvan definitivamente el asunto y las resoluciones que pongan fin al procedimiento, el recurso se interpondrá por escrito dentro de los tres días siguientes a aquél en que la sentencia o resolución fue dictada y se admitirá en el efecto devolutivo., no se admite el Recurso de Casación (Artículo 238 inc. 3), pero si cuando se trate en la ámbito penal contemplado en esta misma ley; El Recurso de Casación, el cual podrá interponerse contra las sentencias que la Corte Superior del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente dicte en materia de estado civil de las personas (Artículo 490), a parte de proceder, en las instancias pertinentes los Recursos de Revocatoria (Artículo. 607), y el de Apelación, (Artículo 608). En Uruguay, se establece en el Código de la Niñez la Adolescencia, en el artículo 190, que se reconoce del el Recurso de Apelación. La sentencia podrá ser apelada ante el Tribunal de Apelaciones de Familia respectivo, cuya decisión hará cosa juzgada. En el artículo. 75. Que en todos los casos en que se investigue la responsabilidad

del adolescente, el procedimiento se ajustará a los trámites establecidos por este Código y subsidiariamente por el Código General del Proceso. Se establece que procederá el Recurso de Apelación conforme al artículo 76, de igual manera será Apelable la resolución, del artículo 155, y que dicho recurso, será automáticamente cuando la medida impuesta tenga una duración superior a un año de privación de libertad, y también se aplicará al régimen impugnativo que la ley establece (artículos 253 y 254 del Código General del Proceso Uruguayo). En Colombia, el Código de la Infancia, establece en el artículo 151 que en vía judicial los adolescentes que cometan delitos tienen derecho al debido proceso penal, y por lo tanto tienen el derecho de apelación ante la autoridad superior y, las demás garantías consagradas en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, el Recurso de Casación (Artículo 163 numeral 4). Por la vía Administrativa de acuerdo al artículo 41 numeral 7.

Es así que, el Estado es el contexto institucional buscara el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes; En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá. Resolver con carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos. También se contempla el Recurso de Reposición artículo 99 numeral 1.

En síntesis podemos decir que en cuanto a los medios de impugnación reconocidos entre los países objeto de nuestra investigación existen diferencias en cuanto a que algunos reconocen los recursos de hecho, apelación y casación y otros no, en el sentido de que en algunos de esto países la protección de los derechos de la niñez y la Adolescencia están únicamente reconocidos y basados en procesos meramente penales, por lo

que se vuelve necesario la habilitación de ciertos medios de impugnación cuando lo que está en juego es la suspensión de ciertos derechos y garantías fundamentales de la niñez y la adolescencias, a diferencia de los procesos de familia que por lo general siempre lo que se busca en estas clases de proceso es el hacer cumplir los derechos y garantías que no tienen como fin primordial la suspensión de ciertos derechos y garantías fundamentales de la niñez y la adolescencia, como ocurre en el área penal.

4.5 Avances Alcanzado después de 20 Años de la Ratificación de La Convención de los Derechos del Niño en Suramérica y Centroamérica.

Es importante comenzar diciendo que las adecuaciones realizadas a la ya mencionada convención, trajo consigo los avances a nivel regional, después de que los estados miembros ratificaran la CDN, por lo que se volvió una norma interna de obligatorio cumplimiento en el ejercicio de la aplicación de la justicia para la niñez y la adolescencia. “Uno de los principales avances en estos 20 años han sido los cambios en los marcos normativos internos, buscando adecuar los mismos (inspirados en los preceptos de lo que se conoce como paradigma tutelar y desarrollados fundamentalmente en los primeros treinta años del siglo XX) a los nuevos estándares establecidos por la CDN (a la que se calificó como un nuevo paradigma que centra su visión en la construcción de relaciones basadas en la concepción del niño como sujeto de derecho).

Una vez que se accede al proceso, éste debe estar dotado de todas las garantías con la finalidad de que las partes sean sometidas a un debido proceso, en el que ejerzan sus derechos y garantías constitucionales, siendo así una obligación para funcionario judicial precautelar la igualdad sustancial de las partes y pronunciar la decisión judicial de manera fundamentada, en un término razonable”⁷⁴.

a) La rápida ratificación de la Convención.

El primer elemento a destacar es que la totalidad de los países de América Latina y el Caribe firmaron y ratificaron la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en un proceso muy rápido a principios de los años ‘90. De hecho, la amplia mayoría lo hicieron en un lapso de 2 años (1990-1991), entre los que podemos mencionar Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y El Salvador por la región Centroamericana. Venezuela, Uruguay y Colombia, por la Región Suramericana.

b) Cambios legislativos

En un breve repaso a lo largo y ancho de Centro América y Suramérica, se puede apreciar que se han generado nuevos códigos del niño, o nuevas leyes específicas que regulan el estatuto jurídico del niño y aspectos de su vida en sociedad. Por ejemplo, “surgieron leyes de responsabilidad penal que establecen edades mínimas para el inicio de procesos de criminalización de

⁷⁴ Estudio del balance regional sobre la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina y el Caribe Impacto y Retos a 20 Años de su Aprobación”. Noviembre 2009, Pág., 26

niños, así como leyes de protección de derechos que separan lo que corresponde a política social y protección de derechos, de las leyes punitivas. También aparecieron nuevas leyes que regulan las relaciones familiares y que en los últimos tiempos se han caracterizado por corregir los resabios del derecho heredero de la figura del pater familiae, presente en los institutos de la patria potestad de códigos civiles⁷⁵, y que son la ventana por donde se justifica el castigo físico y el trato humillante hacia los niños como medio educativo.

Es de destacar también un interesante proceso de constitucionalización de los derechos del niño es decir, de la incorporación de la CDN, a sus constituciones en algunos países. Por ejemplo. Venezuela, como ya se mencionó anteriormente en su artículo 78, Colombia, etc. En su artículo 44 parte final del inciso 1º, se le da un rango constitucional a todos los tratados de derechos humanos en una reforma realizada en el año 1994, mientras que a nivel de Centro América, solamente se han reconocido a nivel de leyes secundarias, y ningún de los países de nuestra región los a reconocido a nivel constitucional, es decir, que expresamente se reconozca a la niñez y a adolescencia como verdaderos Sujetos Plenos de Derechos, si no que en su mayoría estos cuerpos normativos protegen a la niñez y a adolescencia bajo la concepción constitucional que cada país a adoptado al establecer por ejemplo que: “La vida humana es inviolable e inherente” por Ejemplo: En Honduras, su artículo 65⁷⁶, Costa Rica, su artículo 21, En Nicaragua, su artículo. 23⁷⁷, cosa similar en El Salvador, su artículo. 1 inc. 2 y Guatemala, en su artículo 3, con la única diferencia que estos dos últimos países

⁷⁵ Ibídem. Pág.29

⁷⁶ Constitución De La Republica De Honduras, 1982, con las reformas desde 1982 hasta 2004.

⁷⁷ Constitución Política De La Republica De Costa Rica, De 7 De Noviembre De 1949. 52 reformas parciales Introducidas por la Asamblea Legislativa Hasta El 20 de Junio de 2002.

establecen de una manera más precisa que “El estado garantizara y protegerá la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”.

c) La construcción de nuevos marcos conceptuales.

A partir de la adopción y vigencia de la CDN, se ha “desarrollado un proceso de construcción discursiva entre dos marcos conceptuales enfrentados. Uno de ellos, que se denominó “tutelar” o de la “situación irregular”, que comprendía a las formas tradicionales de entender y tratar a la infancia fijadas en las leyes de “menores”, surgidas en el período que va de, 1910 a 1930, y que se resumían en considerar al niño “un objeto de derecho” instrumental a los fines de las instituciones y los adultos. Las leyes de “menores” fueron elaboradas como mecanismos de control y disciplinamiento de los hijos de los pobres, abandonados y delincuentes, que judicializaron la política social a través de la figura de un juez cuyas facultades omnímodas y discrecionales se desarrollaron a partir de calificarlo como “juez buen padre de familia”. Por el otro lado, emergió una nueva visión centrada en el reconocimiento del niño como sujeto de derecho, propuesta por la CDN, denominada de “la protección integral”⁷⁸.

La década de los ‘90 fue por tanto el momento de generación de un nuevo discurso antagónico al viejo modelo. De la abundante generación de documentos y escritos una vez instaurada la CDN, podemos decir que, dos textos fueron hitos fundamentales en el proceso de generación del nuevo discurso que sentó las bases del mencionado paradigma de la protección

⁷⁸ “Ibídem, Pág. 33.

integral. Ellos fueron: “Infancia, adolescencia y control social en América Latina. Primer Informe”⁷⁹ y “Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa”⁸⁰. Estos textos, realizados por grupos de investigación distribuidos por países, sentaron las bases de lo que fue la nueva doctrina en derechos del niño que surgió en América Latina y el Caribe. Estos trabajos fueron realizados con fuerte apoyo de UNICEF, (UNICRI) denominado “Instituto Interregional de las Naciones Unidas para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia” y ILANUD, denominado, “Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente” y fueron ampliamente difundidos en la región⁸¹. Es de allí precisamente donde se desarrollaron los principales componentes de la doctrina y el nuevo derecho para la infancia, y prácticamente se elaboró un discurso unánime, casi sin fisuras, buscando reemplazar el discurso tradicional tutelar con elementos de los derechos humanos.

d) La Creación de Nuevas Instituciones.

Otro de los avances propiciados a partir de la lectura de la CDN, ha sido, en algunos casos, la creación de nuevas institucionalidades enmarcadas en los nuevos estándares. Con matices, estas institucionalidades se basan en desconcentración del poder, coordinación Inter-agencias y municipalización. En algunas experiencias se dio cabida a la presencia de representantes de la

⁷⁹ García Méndez, Emilio y carranza, Elías (Infancia, adolescencia y control social en América Latina. Primer Informe, Galerna, Buenos Aires, 1992

⁸⁰ García Méndez, Emilio y carranza, Elías; Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa, ilanud, unicri, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990

⁸¹ Ibídem, Pag. 35.

sociedad civil y de niños. Ejemplos de este tipo de cuestiones los encontramos en la experiencia paraguaya y en la brasileña.

e) Visibilización de los niños como sujetos de derecho.

La CDN, avanzó en visualizar a los niños como sujetos políticos. “Por consiguiente, no se puede hablar de democracia sin el reconocimiento de la ciudadanía de la niñez. Sino que se establece que el niño nace ciudadano y el desarrollo necesario para el ejercicio de esa ciudadanía se da a lo largo de su vida”⁸². En igual sentido, como explica Baratta. “La democracia con los niños es la construcción colectiva y no simple administración de lo existente”⁸³.

f) Creación de Planes Nacionales de Acción

Se considera “también positivo que ha habido un esfuerzo por presentar Planes Nacionales de Acción a favor de la niñez, y que en muchos países de hecho existen dichos Planes, así como que en muchas ocasiones se realizaron con un amplio debate y participación social”⁸⁴. Sin embargo, como veremos más adelante, el contrapunto de ello es que muchos de los Planes Nacionales de Acción a favor de la niñez no se aplican, no tienen presupuesto, o los recursos asignados a los mismos son insuficientes.

⁸² Óp. Cit. Estudio del balance regional, Pag. 36

⁸³ Baratta, Alessandro; “La niñez como arqueología del futuro”, en El derecho y los chicos, en Bianchi, María Del Carmen (comp.), Espacio Editorial, Buenos Aires, 1995

⁸⁴ Óp. Cit. Estudio del balance regional. Pag. 43

g) Desinstitucionalización

Asimismo, “existieron procesos incipientes de Desinstitucionalización en casos de protección en varios países en los ‘90, pero fueron propuestas que no fueron acompañadas con políticas sostenidas e integrales. A veces parecería que no hay un punto intermedio para llevar adelante las propuestas planteadas, por cada uno de los estados y se pasó a la Desinstitucionalización lisa y llanamente sin nada de intermedio, lo que acarreó otro tipo de problemas, desde una perspectiva de derechos humanos de la niñez”⁸⁵.

4.6 Retrocesos Regionales de Centroamérica y Suramérica Que Afectan los derechos del niño.

- a) Reformas legales regresivas y represivas / retorno al asistencialismo-represión.
- b) Dificultad de tener un enfoque de derechos en los Planes Nacionales.
- c) Criminalización de niños, niñas y adolescentes.

De la consulta también surgen algunas cuestiones o aspectos en los que se entiende que se está siendo regresivo en la región en relación a lo alcanzado en el tema derechos del niño. A continuación se presentan algunos de ellos.

⁸⁵ *Ibíd.* Pag. 23

a) Reformas Legales Regresivas Y Represivas / Retorno Al Asistencialismo-Represión.

Los participantes del grupo focal, así como muchas de las coaliciones nacionales e informantes calificados identifican “una nueva oleada de reformas legales regresivas en relación a los buenos estándares logrados en los años ‘90, en leyes y normas específicas, ligadas a un retroceso general de la región en torno a los derechos humanos. Ejemplos de ellas son las propuestas para la rebaja en la edad penal, la creación de nuevos delitos perdiendo la especificidad de la respuesta penal para los niños, la implantación de toques de queda por ejemplo: En Colombia, planes de mayor control sobre los niños como el “Plan Mochila Segura”. Que llevado adelante en escuelas mexicanas bajo el pretexto del control del consumo de drogas. En El salvador plantean lo siguiente: Pese a contar con una ley penal Juvenil hay una tendencia a bajar la edad penal lo que se vuelve un retroceso en lo ganado en esta materia. (Red para la Infancia y la Adolescencia, El Salvador”⁸⁶.

b) Dificultad de tener un enfoque de derechos en los Planes Nacionales.

Hasta este tiempo algunos países no tienen Planes Nacionales de Acción, en el grupo focal se plantea que en aquellos países que sí los tienen, éstos están más enfocados en los Objetivos de Desarrollo del Milenio, perdiendo la mirada desde la Convención.

⁸⁶ Óp. Cit. Estudio del balance regional. Pag. 48.

En este sentido, se establece que “los Objetivos de Desarrollo del Milenio son objetivos que se quieren alcanzar, pero no parten de un enfoque centrado en los derechos de la niñez. Los objetivos de desarrollo del milenio no son una perspectiva de derecho. Sino mas bien que los objetivos de desarrollo del milenio son justamente objetivos los que se quiere alcanzar, pero no establecen un piso de derechos, y cree que es muy importante que en las próximas generaciones se creen objetivos, en los que se establezca lo que es el piso de derecho, entiéndase como el mínimo de derechos que cada niño tiene”⁸⁷. El tema de establecer un piso, también nos lleva a la discusión de lo que es desarrollo.

Es por ello que se es plantea que los Objetivos de Desarrollo del Milenio desplazan la atención de lo que debería ser verdaderamente el centro de preocupación, lleva a una rebaja en los estándares de exigibilidad y hace que se pierda la interdependencia de los derechos fundamentales.

c) Criminalización de niños, niñas y adolescentes

Como mencionamos anteriormente, uno de los temas en los que existen miradas polarizadas es el de los niños trabajadores. Al respecto, del grupo focal emerge que en el debate sobre el trabajo infantil, se golpeó a las experiencias de organización de niños trabajadores (que eran experiencias muy positivas) y que se dividió a las organizaciones de infancia.

En este sentido también se considera que el enfoque del tema del trabajo infantil ha incidido negativamente, en el sentido que se visualiza que en

⁸⁷ *Ibídem.* Pag. 51.

ocasiones se lucha por la verdad de la institución y no tanto por el beneficio real de la población afectada o involucrada. Las pocas experiencias de auto-organización de los propios niños se vieron afectadas por un debate exclusivamente adulto que en su mayoría no los tomó en cuenta y no escuchó sus planteos.

En suma, se afirma que ha existido una criminalización de grupos de niños vulnerables, como el caso que hemos expuesto de los grupos de niños trabajadores. Asimismo, se expone a continuación en mayor detalle el problema de la criminalización contra la infancia, junto con varios ejemplos al respecto.

Hasta hoy no existe ninguna evidencia sólida que vincule la aprobación de estas leyes con cualquier tipo de disminución de las violaciones a la ley penal por parte de los adolescentes ni mucho menos con el aumento de los niveles de seguridad ciudadana. “Pero además, llama la atención la falta de decisión para esclarecer y deslindar responsabilidades por los asesinatos de personas menores de edad cometidos en algunos países de Centroamérica, por lo que resulta preocupante, en términos precisamente de seguridad ciudadana, los altos niveles de impunidad imperantes. Entre los estudios realizados se ha podido determinar que hay una gran cantidad de muertes violentas de los niños. Por Ejemplo: Guatemala, En el año 2002, se registraron 635 asesinatos de niños, niñas y adolescentes, esto es de acuerdo a los análisis realizados por, (Report Amnesty International). Honduras Más de 2000 niños han sido asesinados entre 1999 y 2004, de acuerdo al estudio realizado, por

Tacro (Monthly Emergency Analysis Of Trends: June And July)⁸⁸. El Salvador Durante el año 2003 se cometió 2,172 homicidios.⁸⁹

El otro ejemplo es el de Uruguay, un país con diferencias importantes en relación a la realidad salvadoreña (sin fenómeno de pandillas, con una población envejecida, y niveles de desigualdad social mucho menores, entre otras diferencias). Allí también en los primeros años del siglo XXI y en plena crisis económica se incrementó la judicialización de los niños en entornos cercanos al 165 %, según investigaciones de (DNI-Uruguay y UNICEF 67), bajo un fuerte discurso de que la inseguridad aumentó como consecuencia de la acción de niños cada vez más pequeños y más violentos.

4.7 Principales Problemas Vinculados al Cumplimiento de los Derechos del Niño en Centroamérica y Suramérica.

La rápida aceptación y movilización que generó la cuestión de los derechos humanos de la infancia en nuestros países no tuvo como contrapartida cambios rápidos y sustantivos que implicaran una mejora sustancial en las condiciones de existencia de la infancia, a pesar de los avances habidos en estos 20 años de su vigencia. Pero después de que muchos de los países de la región ratificaron la CDN, ha existido una serie de problemas para darle un fiel cumplimiento a los principios rectores de la CDN, El no respeto de derechos económicos, sociales y culturales, y la desigualdad.

Ante la pregunta sobre cuáles son los principales problemas que afectan a los derechos del niño en cada una de las regiones y que a los 20 años de la

⁸⁸ Óp. Cit. Estudio del balance regional. Pag. 57.

⁸⁹ Estado de la Seguridad Pública y la Justicia Penal en El Salvador. Julio 2002-Diciembre 2003 FESPAD. 66

CDN permanecen sin resolverse. Podemos comenzar diciendo que, todos los actores consultados coinciden en que “uno de los problemas fundamentales tiene que ver con el incumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia, así como la desigualdad imperante. 1) Participación. 2) VIH-sida. 3) Migración. 3) Indocumentación. 4) Tema ambiental y cambio climático desastres naturales y falta de preparación adecuada para ellos Falta o bajo nivel de coordinación de las agencias estatales. 5) Mecanismos de protección frente a la violación de derechos. 6) Falta de datos oficiales. 7) Incorporación del lenguaje de la Convención, pero impacto limitado en las prácticas insuficiente asignación de recursos para la infancia y falta de voluntad política. 8) Institucionalidades débiles y prácticas aún permeadas por lo tutelar. 9) Débil difusión de los Estados de los Informes al Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y de sus Observaciones Finales. 10) Escaso nivel de implementación de las Observaciones Finales. 11) La OEA y su vínculo con la sociedad civil. 12) Sobre los Planes Nacionales de Acción. 13) La infancia y los medios de comunicación. 14) Amenazas”⁹⁰.

“La Discriminación, es uno de los principales problemas que sufren muchos grupos de niños por ser de áreas rurales, por tener alguna discapacidad, por género, por opción sexual, por ser indígenas, afrodescendientes, pobres, desplazados, desvinculados de los conflictos, de las bandas de la criminalidad, por estar afectados por emergencias, por ser portadores de VIH-SIDA, por encontrarse en situación de calle o trabajar, por tener menor nivel educativo, por estar embarazadas, por asociar adolescencia con delincuencia, entre otras tantas, las cuales son ejercidas por una diversidad de actores (desde el Estado, el sistema de justicia, la policía, el sistema

⁹⁰ Óp. Cit. Estudio del balance regional. Pag. 136

educativo, la sociedad civil, los medios de comunicación, la familia y los padres, hasta el sistema de transporte, entre otros). Dando paso así a que la institucionalización excesiva, tanto en las medidas de protección de carácter asistencial como en las sancionatorias por infracciones”⁹¹.

Asimismo, en muchos países la privación de libertad sigue siendo la regla, aunque el estándar coloque lo contrario como respuesta ante los delitos de los menores de 18 años, es decir, priorizar las penas no privativas de libertad por sobre el encierro. La primera decisión que se toma es la reclusión, el aislamiento pero la Insuficiente asignación de recursos para la infancia y falta de voluntad política. Específicamente, también emerge como problema la insuficiencia o la falta de asignación de recursos para la infancia y la voluntad política para hacerlo, considerando que la infancia sufre gravemente las consecuencias de las limitaciones presupuestarias y la distribución desigual de los ingresos.

También se plantea específicamente la falta de presupuestos y voluntad para implementar los Planes Nacionales de Acción, los cuales en muchos casos no se ejecutan. Citamos sólo un par de casos sobre este tema, el cual ya se ha mencionado reiteradamente, y es que precisamente los retrocesos, trae consigo, la disminución de presupuesto a las instancias garantes del cumplimiento de los Derechos de la Niñez y Adolescencia; Volviéndose en uno de los problemas fundamentales, esto en razón que para la atención de los problemas de la niñez la asignación de presupuesto a que se refiere, en la mayoría de los países se desconocen los montos asignados al cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes dentro del presupuesto nacional del gobierno, sin embargo, se conocen leyes y

⁹¹ Óp. cit. Estudio del balance regional. Pag. 140

programas estancadas por falta de recursos económicos. Asimismo, el propio Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha observado a los Estados por estos temas.

CAPITULO 5

5.1 Innovaciones de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia En Relación con la regulación que hace El Código de Familia

5.1.1 Protección Constitucional de la Familia

En nuestro país la regulación jurídica de la familia parte de nuestra Carta magna como ordenamiento jurídico primario en El Salvador, en donde tomando en consideración la importancia social y jurídica de la familia, establece que es la base fundamental de la sociedad y que tendrá la protección del Estado, es por ello que la protección Constitucional de la Institución de la Familia se encuentra regulada desde en los artículos 32 al 36, estableciendo en el Capítulo II, los Derechos Sociales, Sección Primera sobre la Familia, en los que se plasman “importantes innovaciones en esta materia en relación a las constituciones de 1950 y 1962, ya que antes de la constitución de 1983, se reconocía a la familia como la base fundamental de la sociedad y que tenía la protección del Estado, pero con la constitución vigente de 1983, se establece como innovación el reconocimiento de la igualdad de la familia y el reconocimiento de los postulados de los tratados y convenciones internacionales sobre la materia de familia”⁹². Es por ello que específicamente el artículo 32, define que: “La Familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

⁹² Manual de Derecho de Familia, Anita Calderón de Buitrago, Emma Dinora Bonilla, Centro de Investigación y Capacitación, Publicado por el Proyecto Reforma Judicial II, 2 da. Edición 1995.

El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges. El Estado fomentará el matrimonio; pero la falta de éste no afectará el goce de los derechos que se establezcan en favor de la familia⁹³.

Es por ello que para darle cumplimiento al mandato Constitucional, nació a la vida jurídica el Código de Familia que entró en vigencia en el año de 1994, en el que se regulan los deberes y derechos de los miembros de la familia y de la niñez, una de las innovaciones del Código de Familia en materia de protección de la niñez salvadoreña, fue dejar atrás la concepción de niñez que regulaba el Código Civil vigente, en su artículo 26, en que se establece que: “Se llamará infante a 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 cumplirlos⁹⁴..

El Código de Familia adoptado por El Salvador en 1994, “al cual el Comité de Derechos del Niño hizo mención, al decir que al parecer era excepcional. Si bien varios Códigos de Familia han sido reformados para armonizarlos con la Convención sobre los Derechos del Niño, el de El Salvador parecía ser el único Código de Familia adoptado en América Latina desde 1990 que otorgaba un lugar central a la protección integral del niño en su artículo 346, denominado Protección Integral, establece, la ampliación del concepto de

⁹³ Decreto Constituyente N° 38, de 15 de diciembre de 1983, publicado en el D. O. n° 234, Tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

⁹⁴ Código Civil, Decreto Ejecutivo de fecha 10 de abril de 1860, el día 1 de mayo del mismo año como fecha oficial para su publicación en cada uno de los pueblos, villas y ciudades de El Salvador, según consta en la Gaceta Oficial número 85, tomo 8, de fecha 14 de abril de 1860.

protección integral a esta categoría de familia con necesidades especiales constituye un ilustración interesante del desarrollo de la doctrina de protección integral”⁹⁵.

Dentro del Derecho de familia “existen ciertos principios que son aceptados por la gran mayoría de países, en que dichos principios son incorporados en las convenciones internacionales por su trascendencia y beneficio a la humanidad, dichos principios fueron retomados por el Código de Familia, convirtiéndose en los rectores de toda la normativa y se han aplicado de forma sistemática en el desarrollo del articulado”⁹⁶.

5.1.1.1 Principios Rectores del Código de Familia.

Ciertamente, debemos iniciar este tema, recordando el alcance que se le da al concepto de principio rector, por cuanto es muy general el término “principio”, debiéndose precisar este como “fundamento”, siendo los mismos “principios de derecho natural”, reconociéndoseles cierto valor normativo fundamental, siendo contenedores de un sistema normativo absoluto, ya que algún sistema jurídico que no incorpore los mismos, no podrá ser tenido como tal.

Los principios generales del derecho “se caracterizan esencialmente por ser el punto esencial de partida de un sistema o de un desarrollo conceptual,

⁹⁵ La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia, Daniel O'Donnell, Pág. 2

⁹⁶ Óp. Cit. Manual de Familia, Pag.34

siendo vinculantes en el sentido de ser referentes lógico valorativos, siendo igualmente independientes ya que su aptitud jurídica son previas a las normas rectoras, son prevalentes por cuanto priman sobre las normas, condicionantes en cuanto su respeto le da legitimidad material a las normas positivas, siendo primarios ya que no hay nada antes que ellos, prioritarios por que prevalecen sobre las demás leyes y principales, por que de ellos se derivan todas las demás”⁹⁷.

En este sentido para el autor, Larenz, considera que los principios son “ideas directivas” de una regulación jurídica, que en si, no son normas susceptibles de aplicación, pero que si pueden ser transformadas en normas⁹⁸. Para este autor los principios necesitarían algo mas para convertirse en normas y, por tanto, en preceptos con fuerza jurídica vinculante aplicables directamente.

Para Dworkin. Los principios son “mandatos de optimización que pueden cumplirse en distinto grado, es decir que los principios aportan razones para adoptar una determinada decisión, ya que los principios son los que informan a las normas jurídicas concretas, lo que explica y posibilita que el juez pueda desentender el precepto literal de una norma si considera que entra en contradicción con un principio relevante en un caso concreto, ya que los principios son un elemento indispensable para el juez en los casos difíciles (ya sea porque existan varias normas que determinen soluciones distintas, ya sea porque no existe un norma clara a aplicar); por lo que la aplicación de

⁹⁷ VALENCIA RESTREPO HERNAN, Nomarquía, principia listica jurídica o los principios generales del derecho, Editorial Temis, Segunda Edición, 1993, Pág.2.

⁹⁸ LARNZ, K. Metodología de ciencia del derecho, traducción al castellano de M. Rodríguez Molinero, Ariel, Barcelona, 1994, Pag. 465-466.

los principios no es automática, sino que exige el razonamiento judicial y su integración en una teoría”⁹⁹.

Es por ello que una vez establecida la definición de los principios jurídicos que son las bases de todo cuerpo normativo, haremos referencia a los principios rectores que específicamente se encuentran regulados en el artículo 4 del Código de Familia, el cual literalmente expresa que entre los principios que especialmente inspiran las disposiciones de este cuerpo normativo son:

a) La unidad de la familia.

Este principio se encuentra en “todos los libros del Código de Familia a fin de lograr la integración familiar que ordena la Constitución”¹⁰⁰.

b) La igualdad de derechos del hombre y de la mujer.

Este principio “reconoce las disposiciones del matrimonio, unión no matrimonial, divorcio, sin que exista discriminación”¹⁰¹.

c) La igualdad de derechos de los hijos.

En virtud de este principio, “se elimina toda discriminación por razón del sexo o la filiación; tal principio se adopta al desarrollar la normativa de la

⁹⁹ Alexy, R. El concepto y la validez del derecho, traducción al castellano de Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, Pag. 162 y Pag. 185.

¹⁰⁰ Óp. Cit. Manual de Familia. Pag.33.

¹⁰¹ Ibídem. Pag.34

filiación la autoridad parental, la asistencia familiar y los derechos de los menores”¹⁰².

d) La protección integral de los menores.

En lo relativo a los menores dentro del Código, “se trata de desarrollar la doctrina de la protección Integral, establecida en la convención sobre los derechos del niño, la cual implica protección social y jurídica del menor ya que su interés superior será la consideración primordial en todo con todas las medidas que le afecten. Así como el niño es protegido desde la concepción”¹⁰³.

Es decir que este principio postula que todos los Juzgados de Familia de nuestro país, para adoptar sus resoluciones, deberán en ellas considerar primordialmente, el interés superior de los hijos, tomando en cuenta sus opiniones, si ello fuere posible, en función de su edad y madurez. Art. 350 del CF.

e) La Protección de los demás incapaces.

Las personas incapaces “merecen atención especial del Estado para la protección y cuidado de sus vidas y para representarlos legalmente, protección que regula el código ampliamente en el título relativo a la tutela, la

¹⁰² Ibídem. Pag. 34

¹⁰³ Ibídem. Pag. 35

cual desarrolla como eficaz medio jurídico de protección orientado a velar por los valores e intereses humanos”¹⁰⁴.

f) La Protección de las personas adultas mayores.

Este principio busca “la protección de este sector de la sociedad por considerar que es parte fundamental de la familia salvadoreña y por su contribución a las tradiciones familiares por ser muy relevantes”¹⁰⁵.

g) La Protección de la madre cuando fuere la única responsable del hogar.

Este principio “obedece al mandato constitucional en el que ordena la protección prioritaria y con mayor razón, cuando la madre es la única responsable del hogar, pues en tal caso debe acentuarse la protección del Estado, en tal sentido el Código de Familia prevé la protección especial para la madre, cabeza del hogar, tomando en consideración también que en nuestro país existen muchos hogares en los cuales la madre actúa como responsable”¹⁰⁶.

Es de hacer mención que muchos de los principios regulados en el Capítulo V del Código de Familia fueron derogados por la Ley de Protección Integral de la Niñez y a la Adolescencia (LEPINA).

¹⁰⁴ Ibídem. Pag. 35

¹⁰⁵ Ibídem. Pag. 35

¹⁰⁶ Ibídem. Pag. 35

5.2 La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia

El 20 de noviembre de 1989, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas la “Convención sobre los Derechos del Niño”, la cual fue aprobada en El Salvador mediante el Acuerdo Ejecutivo numero 237, de fecha 18 de abril de 1990 y publicado en el Diario Oficial, tomo 307 de fecha 9 de mayo de ese mismo año, constituyéndose desde entonces como el más importante instrumento jurídico de carácter universal de protección a los derechos de la infancia, al reconocer tanto los derechos civiles como los derechos económicos, sociales y culturales que requiere la niñez para su supervivencia y desarrollo integral; a su vez, el Estado de El Salvador asumía la obligación de adecuar su legislación interna a los mandatos de la referida Convención.

El 12 de junio de 2006 la Unidad Técnica Ejecutiva había tomado la decisión de coordinar el esfuerzo para formular el anteproyecto de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, con la asistencia técnica y financiera de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); el cual fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 26 de marzo de 2009, el 15 de abril fue sancionada por el Presidente Elías Antonio Saca y aparece publicada en el Diario Oficial el 16 de abril en el que estableció que entraría en vigencia el 16 de abril de 2010, siendo prorrogada su vigencia hasta el 1 de enero de 2011.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en adelante (LEPINA), 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, lo 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 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, está compuesto por 260 artículos, divididos en tres Libros así:

Libro I

“Hace referencia a los Derechos, Garantías y Deberes, y consta de un Título Preliminar que contiene Disposiciones Generales, y dos Capítulos que se refieren a Disposiciones Preliminares del artículo 1 al 8, y Principios Rectores del artículo 9 al 15, respectivamente, además de cinco Títulos, que de manera respectiva se refieren a: Título I, Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral, que incorpora dos Capítulos que hacen relación, el primero al Derecho a la Vida, del artículo 16 al 20, y el segundo a la Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente, del artículo 21 al 36, Título II, Derechos de Protección, que incorpora dos Capítulos que hacen relación, el primero a la Integridad Personal y Libertad, del artículo 37 al 56, y el segundo a la Protección de la Persona Adolescente Trabajadora, del artículo 57 al 71, Título III, Derecho al Desarrollo, que incorpora dos Capítulos, el primero que se refiere a la Personalidad del artículo 72 al 80, y el segundo a la Educación y Cultura del artículo 81 al 91, Título IV Derecho de Participación,

que consta de un Capítulo Único del artículo 92 al 100, y un Título V, que hace referencia a los Deberes de las Niñas, Niños y Adolescentes”¹⁰⁷.

Libro II

“Hace referencia al Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el cual consta de siete Títulos, que de manera respectiva se refieren a: Título I Disposiciones Comunes al Sistema, Capítulo Único, del artículo 103 al 108, Título II Políticas y Planes Públicos, que incorpora dos Capítulos que hacen relación, el primero a la Política Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia del artículo 109 al 114, y el segundo a Planes Locales artículo 115, Título III Programas, que consta de un Capítulo Único del artículo 116 al 118, Título IV Medidas de Protección, que consta de tres Capítulos, que se refieren el primero Disposiciones Generales del artículo del 119 al 123, el segundo a Medidas Judiciales del artículo 124 al 130 y el tercero a Disposiciones Comunes del artículo 124 al 130, Títulos V que se refiere al Componente Administrativo y consta de siete Capítulos, el primero se divide en cuatro secciones, la sección primera hace referencia a los Aspectos Generales del artículo 134 al 137, sección segunda del Consejo Directivo del artículo 138 al 144, sección tercera Dirección Ejecutiva del artículo 145 al 148 y sección cuarta Régimen Financiero del CONNA del artículo 149 al 152, el segundo capítulo se refiere a los Comités Locales de Derechos de la Niñez Adolescencia del artículo 153 al 158, el tercer capítulo se refiere a las Juntas de Protección de la Niñez y Adolescencia del artículo 159 al 168, el cuarto capítulo se refiere a la Red de Atención Compartida, y se divide en tres secciones, así: sección primera, Disposiciones Comunes del artículo 169 al 178, sección segunda, del Instituto Salvadoreño para el

¹⁰⁷ Exposición de Motivos de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (LEPINA), Unidad de Asesoría Técnica Institucional. Pag. 1

Desarrollo de la Niñez y la Adolescencia del artículo 179 al 192, sección tercera que se refiere a las Asociaciones de Promociones y Asistencia a los Derechos de la Niñez y Adolescencia del artículo 193 al 198, Título IV de las Infracciones y Sanciones, que consta de dos Capítulos, el primero sobre las Reglas Comunes del artículo 199 al 200 y el segundo se refiere al Régimen de Infracciones del artículo 201 al 202 y Título VII que se refiere a Procedimiento Administrativo del artículo 203 al 213”¹⁰⁸.

Libro III

“Hace referencia de la Administración de Justicia, que incorpora siete Títulos así: Título I de la Competencia, consta de un Capítulo Único del artículo 214 al 217, Título II de Las Partes, consta de un Capítulo Único del artículo 218 al 220, Título III Principios y Actividad Procesal, consta de un Capítulo Único del artículo 221 al 224, Título IV Proceso General de Protección, Capítulo Único del artículo 225 al 229, Título V Proceso Abreviado, que consta de dos capítulos, el primero que se refiere a Actos Previos a la Audiencia del artículo 230 al 236, y el segundo que se refiere a Audiencia Única del artículo 237 al 240, Título VI Disposiciones Generales, que consta de un Capítulo Único del artículo 241 al 247, y Título VII Disposiciones Finales, Transitorias, Derogatorias y Vigencia, que consta de un Capítulo Único del artículo 248 al 260”¹⁰⁹.

“La Finalidad de la Ley es 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, para cuyo efecto se crea a través de la misma, un Sistema Nacional de Protección

¹⁰⁸ Óp. Cit. Exposición de Motivos de la LEPINA. Pag. 2

¹⁰⁹ Óp. Cit. Exposición de Motivos de la LEPINA. Pag. 3

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; así mismo, con la finalidad de que la Ley se adecue a la citada Convención, se establece que para los efectos de la misma, niña o niño, es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad”¹¹⁰; de esta manera se da también cumplimiento al mandato constitucional del Artículo 1 inc. 2.

La ley LEPINA, establece que: “Sobre la presunción de niñez y adolescencia, dispone que se presuma niña o niño antes que adolescente; y adolescente antes que mayor de edad según sea el caso”¹¹¹; de esta manera se deja a atrás la concepción muy general que regulaba el Artículo 345 del Código de Familia, a establecer en dicha disposición que: Son menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años. En caso de duda, se presumirá la minoridad mientras no se pruebe lo contrario.

De igual forma en esta Ley, se regulan dentro de las Disposiciones Preliminares: ámbito de aplicación, sujetos obligados, deberes del Estado y Principios Rectores de la Ley, los cuales son: principio del rol primario y fundamental de la familia, principio del ejercicio progresivo de las facultades, principio de igualdad, no discriminación y equidad, principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, principio de prioridad absoluta y naturaleza de los derechos y garantías y el principio de prioridad absoluta.

¹¹⁰ Óp. Cit. Exposición de Motivos de la LEPINA. Pag. 4

¹¹¹ Ibídem. Pag.5

5.2.1 Principios rectores

Una de las principales innovaciones que contiene la nueva legislación, es el cambio del paradigma tutelar, representado por la Doctrina de la Situación Irregular, imperante en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas desde 1919 hasta 1989. El nuevo paradigma protector tiene como uno de sus principales propósitos abolir la discriminación, al hacer sujetos y beneficiarios de la Ley a todos los niños y adolescentes, quienes ya no son objeto de tutela, sino sujetos de protección, cuyas necesidades dejan de ser vistas o respondidas bajo el criterio de la lástima, la compasión y la represión; necesidades que ahora se convierten en auténticos derechos, frente a los cuales encontramos a una serie de entes públicos y privados responsables de hacer efectivo su disfrute.

Sobre este punto, citaremos a Buáiz Valera, quien expresa: "Se podría decir que "la protección integral es el conjunto de acciones, políticas, planes y programas, que con prioridad absoluta, que se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los niños y niñas gocen, de manera efectiva y sin discriminación, de los derechos humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atiende las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados, o determinados grupos de niños que han sido vulnerados en sus derechos"¹¹². En esta definición se esbozan de manera explícita e implícita los principios que conforman la Doctrina de la Protección Integral, los cuales se corresponden con el articulado de la CDN y con el texto de la LEPINA, que se comentan a continuación:

¹¹² BUAIZ VALERA, Yury Emilio (2000) "Introducción a la Doctrina para la Protección de los Niños" en Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

1- Principio del rol primario y fundamental de la familia

En su Preámbulo, “la Convención reconoce que el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de los niños requiere que éstos crezcan en el seno de su familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”¹¹³. Bajo esta concepción, se le asigna al padre y la madre el cuidado y la educación de los niños y adolescentes, y se privilegia la familia como medio natural de protección y desarrollo, pero con el apoyo y la asistencia por parte del Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9° de las Disposiciones Directivas de la LEPINA, al enunciar las obligaciones de la familia. En consecuencia, en esta nueva orientación se evidencia en el hecho de evitar la separación de los niños y adolescentes del núcleo familiar, el precitado artículo 9, 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.

Nuestra constitución señala en sus artículos 32 al 36, que es deber del Estado protegerá las familias, y consagra igualmente el derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a vivir, ser criados y desarrollarse en el seno de su familia de origen, salvo que sea contrario a su interés superior.

2- Principio de ejercicio progresivo de las facultades

Este principio fue uno de los grandes méritos de la Convención al convertir en derechos los que antes eran sólo necesidades (salud, educación, alimentación, etc.). “La importancia de esta conversión reside en la posibilidad que tienen el niño y el adolescente, ahora sujetos titulares de

¹¹³ La Convención Internacional Sobre Los Derechos Del Niño: Apuntes Básicos. González Mac Dowel Y Cecodap, Septiembre De 2008. Pag. 53

tales derechos, de exigir, demandar y accionar su cumplimiento. El niño y el adolescente, de ser sujetos tutelados, casi minusválidos, sometidos a un régimen de incapacidad, pasan a ser considerados lo que verdaderamente son, seres en crecimiento, con derecho a alcanzar su pleno desarrollo, y a participar activamente en todo aquello que concierne a su formación integral”¹¹⁴.

Estos derechos y garantías así como los deberes de los niños y adolescentes reconocido en la Constitución de la República, Tratados Internacionales vigentes en El Salvador en la materia objeto de esta Ley y los contenidos en la presente Ley son irrenunciables, inalienables, indelegables, intransmisibles, indivisibles e interdependientes. Específicamente, el artículo 5 de la LEPINA ratifica que todos los niños y adolescentes son sujetos de derecho, y por ello se entiende, que todos los niños/as y a adolescentes son titulares y acreedores de todos los derechos y garantías consagrados a favor de la persona humana, y especialmente, de aquellos establecidos en la Convención. Es evidente que tratándose de seres en formación, algunos de éstos derechos podrán ser ejercidos de manera personal, directa -e inmediata por sus titulares; en este sentido, el artículo 10 de la LEPINA establece la progresividad del ejercicio de tales derechos, en concordancia con la capacidad evolutiva de su titular, sin descuidar la obligación que tienen los padres y representantes de orientar a los niños y adolescentes, no sólo con respecto a sus derechos, sino también en el cumplimiento de sus deberes.

Como sujetos de derechos, los niños y adolescentes también tienen deberes, conforme al artículo 102 de la LEPINA, entre los que podemos mencionar: Conocer y defender activamente sus derechos, Respetar y obedecer a su

¹¹⁴ Exposición de motivos de la LOPNA, María Fernanda Rivero. Caracas, Mayo 2009

madre, padre, representantes, responsables y maestros, Tratar con respeto y decoro a los funcionarios y empleados públicos, Respetar los derechos y garantías de las demás personas, Respetar y cumplir la Constitución y las leyes de la República, Respetar los símbolos patrios y la diversidad cultural, Reconocer la historia nacional Cumplir con las obligaciones y deberes escolares y familiares, Proteger y conservar el medio ambiente y hacer uso racional de los recursos naturales; y todos los demás deberes establecidos por la ley.

La importancia de esta disposición radica en la formación de una actitud responsable por parte del niño y del adolescente ante sí mismo, su familia, comunidad y ante el propio Estado, acorde con su incorporación progresiva a la ciudadanía activa en virtud de que no sólo pueden exigir el cumplimiento de sus derechos como acreedores de los mismos, sino que además son deudores de los deberes mencionados desde un punto de vista enunciativo. Es por ello que para, Cristóbal Cornieles, "Este nuevo paradigma el reconocimiento de la titularidad de derechos y deberes unidos a su ejercicio y cumplimiento progresivo definen el objetivo de la protección integral, así como las condiciones sine qua non o imprescindibles para asegurar el desarrollo integral de los niños y adolescentes"¹¹⁵.

3- Principio de igualdad, no discriminación y equidad.

Este es un pilar fundamental de la filosofía que inspiró los Derechos Humanos, y que sustentan su vocación de universalidad. La aplicación de las

¹¹⁵ CORNIELES PERRET-GENTIL, Cristóbal, "Los principios de la Doctrina de la Protección Integral y las disposiciones directivas de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente". Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2000.

políticas sociales y el ejercicio de los derechos humanos de los niños y adolescentes se orientan a la eliminación de las diferencias en las condiciones, situaciones y circunstancias de carácter económico, social y cultural que generan discriminación, y con ello, desigualdad. De modo que éste es el punto de partida y el condicionante del resto de los derechos.

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 2° de la CDN que establece: "Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o sus representantes legales".

En el enunciado del artículo se destaca su parte final, el cual extiende el mandato de no discriminación por causa de los padres o representantes legales del niño, prohibición que tiene particular connotación cuando éstos son extranjeros o de etnia diferente del país de residencia o de nacimiento del niño.

En este sentido podemos decir que este principio supone el reconocimiento de la igualdad de derechos para todas y todos, niñas, niños y adolescentes. Explícitamente se cuestiona la discriminación de infantes y adolescentes por su origen étnico, así como la intervención selectiva sobre familias e individuos bajo determinado tipo de circunstancias. "De ahí que la igualdad y la no discriminación se erijan como principios fundamentales en todas las consideraciones jurídicas que se desprenden del nuevo marco, y que deban ser una consideración central en todas las políticas públicas"¹¹⁶.

¹¹⁶ Óp. Cit. González Mac Dowel. Pag. 54

Según Cristóbal Cornieles, “es perfectamente compatible con la discriminación positiva, que consiste, en el trato diferenciado de una persona que está dirigido a garantizar su igualdad frente a otras personas. Es evidente que por tratarse de seres en formación, es posible subsumir la condición del niño y del adolescente al supuesto de la norma constitucional”¹¹⁷.

Pero las disposiciones de LEPINA, se aplican por igual a todos los niños y adolescentes sin discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, pensamiento, conciencia, religión, creencias, cultura, opinión política o de otra índole, posición económica, origen social, étnico o nacional, discapacidad enfermedad, nacimiento o cualquier otra condición del niño o adolescente, según el artículo 11 de la citada ley.

4- Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente

Se considera que, tanto en los actos administrativos como cuando ocurran conflictos de intereses, debe prevalecer aquello que resulte de mayor beneficio para infantes y adolescentes.

Este principio tiene su origen en el Derecho común, donde sirve para la solución de conflictos de interés entre un niño y otra persona. Esencialmente, el concepto significa que, cuando se presentan conflictos de este orden, como en el caso de la disolución de un matrimonio, por ejemplo, los intereses del niño priman sobre los de otras personas o instituciones.

¹¹⁷ Óp. Cit. Cristóbal Cornieles, Pag. 45

Según Buáiz, "consiste en un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes"¹¹⁸. Se podría decir que este interés tiene un efecto limitante en la potestad discrecional de los entes mencionados en la disposición, en el sentido de que al momento de tomar decisiones deberán primero medir las consecuencias para el bienestar del niño.

Este principio igualmente forma parte de las Disposiciones Directivas de la LEPINA, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12°, según el cual, el interés superior del niño es toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

Este principio en si establece, que el Estado, las familias y la sociedad, deberán tomar en cuenta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, al momento de tomar decisiones y acciones que les conciernan a éstos.

5- Principio de corresponsabilidad

Este principio se encuentra establecido en el artículo 5° de la Convención, en los siguientes términos: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en

¹¹⁸ Óp. Cit. Buáiz, Pag.16

la presente Convención"¹¹⁹. Este artículo señala una responsabilidad solidaria y concurrente entre diversos actores (Estado, familia, comunidad), a fin de garantizar al niño y al adolescente, el pleno ejercicio y disfrute de tales derechos. El artículo igualmente expresa que los padres, o si fuere el caso, la familia o la comunidad, están en el derecho y el deber de orientar y dirigir al niño en el ejercicio de sus derechos.

La LEPINA, por su parte, en su artículo 13, adopta este principio como una garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y que corresponde a la familia, al Estado y la sociedad, este principio conlleva un ámbito de responsabilidad directa del padre, la madre, la familia ampliada y el representante o responsable, según corresponda por participar en el ambiente natural e idóneo en el cual se favorece el desarrollo de la personalidad de las niñez salvadoreña de igual 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 mismo orden, el carácter solidario de la obligación ofrece la posibilidad de demandar su incumplimiento a cualquiera de los actores involucrados, toda vez que debe existir una vigilancia recíproca entre éstos, como forma de accionar el cumplimiento del derecho dentro de una concepción universal, integral y colectiva, inspiradora de la norma. Este principio 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.

¹¹⁹ El Cambio de Paradigma en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Luisa Benavides de Castañeda. Pag.16

Se puede afirmar que la Participación Solidaria, es ciertamente, uno de los principios más resaltantes e innovadores contenidos en la nueva legislación. Al respecto, es por ello que se "afirma que la participación y la corresponsabilidad tienen su fundamento en dos ideas: la primera, que todas las personas, sin excepción, tienen deberes con los niños y adolescentes; y la segunda, que, a fin de garantizar el cumplimiento de los deberes y derechos, lo acertado es dirigir todos los esfuerzos, recursos y políticas tanto públicas como privadas a la creación de un sistema de protección integral"¹²⁰. Prosigue el citado autor: "Se entiende que la participación mancomunada y corresponsable de la trilogía Estado-Familia-Sociedad permite brindar una mejor atención a un mayor número de niños y adolescentes, a través de una red social donde a cada persona y a cada autoridad le corresponde una alícuota de responsabilidad y un conjunto de obligaciones, al tiempo que se les reconoce determinados derechos y atribuciones para poder asumirlas"¹²¹.

En este sentido, podemos decir que la corresponsabilidad y participación son las caras de una misma moneda, esto en razón de que no se puede hacer responsable a quién no se le permite participar, y la sola participación sin responsabilidad, muy probablemente sería sólo ilusión o quedaría apenas en buenas intenciones.

Lo anterior exige necesariamente el conocimiento del contenido y alcance de tales derechos, pues no se puede ejercer y defender un derecho desconocido, de modo que su difusión y divulgación es responsabilidad del Estado.

¹²⁰ Óp. Cit. Cristóbal Cornéales. Pág. 46

¹²¹ *Ibidem*. Pag. 47

6- Principio de prioridad absoluta

El Principio de Prioridad Absoluta “puede entenderse como el deber que tienen los Estados suscriptores de la convención 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”¹²².

Este principio está consagrado en el artículo 4° de la Convención, que expresa: "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional"¹²³. Este principio encuentra su expresión en nuestra legislación, en el artículo 14 de la LEPINA, en el que se impone al Estado y a la familia la obligación de tomar todas las medidas necesarias para asegurar a los niños y adolescentes el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Se puede decir que el Principio de la Prioridad Absoluta es la exigencia impuesta a los Estados para que destinen los recursos económicos requeridos en niveles significativos, a fin de hacer posible la adopción de las medidas y de ese modo, garantizar la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, pues es bien conocido que una de las excusas utilizadas frecuentemente por los gobiernos para evadir el

¹²² Óp. Cit. Pag.9. Benavides de Castañeda.

¹²³ Ibídem. Pag. 9

cumplimiento de las obligaciones relacionadas con los derechos humanos, es, precisamente, la falta de presupuesto.

En previsión, la norma extiende esa responsabilidad del Estado a la alternativa de solicitar la cooperación internacional, cuando sus condiciones económicas le impidan el cumplimiento de este principio, lo que significa en la práctica un cambio radical en la formulación de planes y políticas sociales, tanto nacionales, como en el ámbito de las relaciones internacionales. La realización práctica de estos principios posee características de urgencia, pues hay que reconocer, con absoluta y dolorosa franqueza, que aún cuando en la mayoría de las legislaciones y discursos de los gobernantes y autoridades se afirme que "primero son los niños", esta frase está a gran distancia. Además de lo establecido en la Convención con respecto a los recursos, políticas y presupuesto, esta disposición amplía la aplicación del principio de manera imperativa para todos, y comprende además el derecho de precedencia que tienen los niños y adolescente para el acceso y atención a los servicios públicos.

En conclusión esta nueva ley nos presenta de manera directa la Doctrina de la Protección Integral, la cual presenta innovaciones a partir de sus principios rectores, tales como el principio del rol primario y fundamental y fundamental de la familia (art. 9 LEPINA), en el cual se resalta el papel preponderante de la familia para garantizar de forma efectiva la protección integral, ya que el Código de Familia solamente buscaba la Unidad de la familia, aunque en el artículo 347 CF reconocía la responsabilidad de la familia para su protección, resulta ser una innovación este principio debido a que reconoce la facultad de ejercicio que tienen los niños y el deber de recibir orientación por parte de la familia.

El principio del Ejercicio Progresivo de las Facultades (art. 10 LEPINA) resulta ser claramente una Innovación, ya que este principio es el resultado de la aplicación de la Doctrina de la Protección Integral.

El Principio del Interés superior del Niño y el Principio de Igualdad, no Discriminación y Equidad reconocidos por la LEPINA en los artículos 11 y 12, ya se encontraba plasmados en el Código de Familia, el primero en el artículo 350 y el segundo en el artículo 349. En relación al Principio de Corresponsabilidad (art. 13 LEPINA) se encontraba regulado en el artículo 347 CF, con la diferencia de que en la legislación de familia, la sociedad y el Estado asumían subsidiariamente la responsabilidad de protección los niños, niñas y adolescentes, ahora con la nueva ley se establece como Corresponsabilidad de ambos a la vez, es decir la familia, el Estado y la sociedad deben de garantizar los derechos de la niñez salvadoreña.

Otra innovación la encontramos en el Principio de Prioridad Absoluta (art. 14 LEPINA) el cual nos lleva a pensar la razón por la cual el eslogan de UNICEF es “Los niños primero”, ya que tiene que dársele prioridad a la protección de la niñez.

5.3 Innovaciones que presenta la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su libro Primero en comparación con el Código de Familia.

Como ya se dijo anteriormente que la Doctrina de Protección Integral, nace como una síntesis de los derechos y principios consagrados por la Convención sobre los Derechos del Niño, se vuelve muy necesario enfocarnos principalmente en los elementos innovadores que adopta la

LEPINA, al tener a la Doctrina de Protección Integral, como la base primordial en todo su articulado, y al plasmar los principios asentado en la CDN.

Una de las muchas innovaciones de las que haremos mención tendrá que ver en la parte procedimental y en ciertas medidas administrativas, que talvez en su momento se reconocieron de una forma general en el Código de Familia y con la nueva ley (LEPINA), se ha buscado profundizar en esa aéreas que hasta cierto punto fueron consideradas como vacios al momento de hacer referencia, a la protección de la niñez Salvadoreña. La legalidad de esta Ley, “se fundamenta en nueve ejes transversales: a) Las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos; b) El rol fundamental de la familia; c) Principios de interpretación e integración; d) Equidad de género; e) Integralidad de los derechos; f) Eficacia; g) Corresponsabilidad entre Estado, familia y sociedad; h) Descentralización; y, i) Redefinición de funciones judiciales.

Bajo este contexto se busca, la superación de la práctica 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”¹²⁴.

El Libro Primero de esta ley se refiere a los derechos, deberes y garantías, los cuales se encuentran contenidos en los artículos 1 al 102. Al abordar el estudio de esta ley se encuentran innovaciones a partir de su artículo 1, ya que en la finalidad que persigue dicha ley marca la diferencia con el Código

¹²⁴ ÓP. Cit. Exposición de motivos de la LEPINA, Pag. 2

de Familia al garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña, niño y adolescente independientemente de su nacionalidad, es decir, son beneficiarios de esta ley, la niñez nacional y extranjera que se encuentren en el país. Además dicho artículo menciona la creación de un Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia con el cual pretende proponer mecanismos sociales y jurídicos para la protección de la niñez, lo 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, sobre esto nos referiremos más adelante de este estudio.

5.3.1 Disposiciones preliminares.

Como se menciona anteriormente una de las principales innovaciones es que incorpora la Doctrina de la Protección Integral, ello implica el reconocimiento del niño, niña y adolescente como Sujeto de Derecho (artículo 5 LEPINA), además esta ley protege (artículo 6 LEPINA) a la niñez de este país incluyendo a los niños, niñas y adolescentes extranjeros que se encuentren en el país, ya que según el artículo 216 de la misma ley, establece que los tribunales especializados serán competentes de conocer las situaciones en que intervenga un niño, niña o adolescente independientemente de cualquiera que sea su nacionalidad.

Estas disposiciones superan la visión sostenida en el Código de Familia, razón por lo cual se consideran ser Innovaciones.

5.3.2 Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral.

La protección Integral garantiza para todos los niños los derechos de supervivencia, al desarrollo personal y social e incluyendo al crecimiento integral”¹²⁵. Dentro de los derechos de supervivencia y crecimiento integral encontramos el derecho a la vida el cual es un derecho de rango Constitucional al ser garantizado por el artículo 2 de la Constitución salvadoreña, este derecho a sido señalado por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia como aquel que: "ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho fundamental que por su propia connotación constituye un presupuesto axiológico esencial del cual depende el desarrollo de todos los demás derechos que las leyes reconocen, razón por la cual se explica con claridad su ubicación dentro del Capítulo Primero Sección Primera de dicha Norma. Nuestra Constitución, al regular jurídicamente los principios que han de regir la actividad del aparato de dirección política del Estado, lo hace, en virtud de considerar a la persona humana y sus consecuentes derechos fundamentales como el origen y fin de su actividad; por lo cual es obligación de los órganos estatales orientar sus políticas públicas en procura de la persona humana, en su dimensión individual y también social, en función de su objetivo supremo. En este orden, los primeros artículos de la Constitución 1 y 2 se refieren a la vida como un derecho fundamental la cual se garantiza desde el momento de la concepción. Efectivamente, tal aseveración evidencia el valor superior que constituye la vida humana desde su primera fase, la cual obviamente no queda resuelta ahí, al contrario, el desarrollo del proceso vital requiere no sólo el respeto de parte de los demás miembros de la sociedad y del Estado en el sentido de abstenerse de obstaculizarla o violentarla sino de una

¹²⁵ Instituto Interamericano del Niño, Guía de lectura Modulo IV, Políticas Publicas, Futuro de las políticas publicas en América Latina.

actividad mucho más positiva que permita conservarla y procurarla de forma digna"¹²⁶. En el artículo 353 del Código de Familia se establece el derecho a la vida y a la salud para todo menor, en la LEPINA se hace eficaz este derecho al reconocerlo de una forma clara y precisa en los artículos 16, 17 y 18, refiriéndose únicamente a los derechos que garanticen su vida y protección, ya que el derecho a la salud se adopta en el artículo 21 del mismo cuerpo normativo; entre lo novedoso de estas disposiciones encontramos el artículo 18 que incorpora medidas para salvaguardar el derecho de la vida, garantizando que en caso de que un niño, niña o adolescente deba de ser tratado o intervenido quirúrgicamente, o incluso cuando se halle en la necesidad de ser hospitalizado de emergencia por hallarse en peligro inminente de muerte o de sufrir daños irreparables en su salud física, se le prestara atención medica-quirúrgica en el centro público o privado de salud más cercano y según lo establece el artículo 22 no implicara ningún gasto para el niño, niña, adolescente o su familia, porque dicha disposición contiene la "Gratuidad del servicio de atención medica", en caso de que sea necesario la intervención de entidades privadas, es el Estado quien asumirá los gastos cuando la madre, padre, representante, responsable o su familia no pudieren solventarlos por si mismos; según se establecía en el Código de Familia (artículo 355) únicamente podría ser atendido en hospitales y clínicas públicas; con la LEPINA se obliga a los hospitales y clínicas privadas que en caso de existir casos que ameriten ser considerados de emergencia deben de intervenir para garantizar sus derechos fundamentales.

Otra de las innovaciones la encontramos en los artículos 19 y 20, al garantizar en la primera disposición a los niños la prohibición de

¹²⁶ [Sentencia de 4-IV-2001, Amp. 348-99, Considerando II 1.](#)

experimentación y practicas que atenten contra su vida, dignidad o integridad física, psíquica o moral de las niñas, niños y adolescentes tales como la experimentación médica, experimentación genética y practicas étnicas, culturales o sociales; en el segundo artículo se refiere a reconocer el derecho a un nivel de vida digno y adecuado de todo niño, este derecho comprende: alimentación nutritiva y balanceada bajo los requerimientos y normativas que las autoridades de salud establezcan; vivienda digna, segura e higiénica, con servicios públicos esenciales como agua potable, alcantarillado y energía eléctrica; vestuario adecuado al clima, limpio y suficiente para sus actividades cotidianas; y recreación y sano esparcimiento. A la madre, el padre, la familia ampliada, los representantes y responsables les corresponde la garantía de este derecho conforme a sus posibilidades y medios económicos.

A partir de los artículos 21 al 36 se regula lo referente a: “Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente”; en tales disposiciones garantiza y protege el Derecho a la Salud (artículo 21); la gratuidad del servicio de atención médica (artículo 22) que anteriormente nos referimos; la obligación de atención médica para la niña, adolescente o mujer embarazada (artículo 23); el embarazo precoz (artículo 24) en el que considera que toda niña o adolescente embarazada es considerada en un estado de alto riesgo obstétrico¹²⁷ y perinatal¹²⁸, por lo tanto deberá de recibir atención médica de manera integral en las instituciones de salud pública; las obligaciones que tiene el Sistema Nacional de Salud (artículo 25); responsabilidades de la familia frente al derecho a la salud (artículo 26); responsabilidad de la

¹²⁷ Esto quiere decir que una mujer puede tener una situación amenazante para su vida derivado de su situación de embarazo, es decir una complicación de salud durante el embarazo; Dra. Bonilla Pantoja, Médico Internista.

¹²⁸ Según El Diccionario de términos médicos de la Real Academia Nacional de Medicina, significa que el bebé está en riesgo de morir en el periodo cercano al nacimiento.

sociedad frente al derecho de la salud (artículo 27); derecho a la lactancia materna (artículo 28); promoción de la salud de la niñez y la adolescencia (artículo 29); salud primaria y familiar (artículo 30); salud mental (artículo 31); salud sexual y reproductiva (artículo 32), en el que se expresa que conforme al desarrollo físico, psicológico y emocional tienen el derechos a recibir información y educación en salud sexual y reproductiva, de forma prioritaria por su madre o padre; prohibición de venta o distribución de material o sustancias que puedan generar daño a la salud mental y física (artículo 33); derechos a la seguridad social (artículo 34); derecho a un medio ambiente sano (artículo 35) que se convierte en una novedad para la legislación salvadoreña ya que mediante según el artículo 117 de la Constitución de la República se establece que “Se declara de interés social la protección, restauración, desarrollo y aprovechamiento de los recursos naturales. El Estado creará los incentivos económicos y proporcionará la asistencia técnica necesaria para el desarrollo de programas adecuados”, según la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante su resolución pronunciada en el amparo con numero 163-2007129 ha establecido que se reconoce de forma tacita el derecho a un medio ambiente sano mediante la interpretación del artículo 117 de la Constitución, ya que este derecho no se encuentra regulado por ninguna disposición jurídica, la LEPINA viene a reconocer este derecho de forma expresa en su articulado, ya que en el Código de Familia no se había establecido; otro derecho es que niños y adolescentes con discapacidad (artículo 36) tienen la protección garantizada mediante el principio de corresponsabilidad, es decir la familia, el Estado y la Sociedad se ven obligados a garantizar el ejercicio de este derecho.

¹²⁹ Amparo de la Sala de lo Constitucional pronunciado el 9 de diciembre de 2009.

5.3.3 Derechos de Protección.

El Título II referente a los Derechos de Protección, incorpora dos Capítulos, el primero a la Integridad Personal y Libertad, del artículo 37 al artículo 56, y el segundo a la Protección de la Persona Adolescente Trabajadora, del artículo 57 al artículo 71.

5.3.4.1 Integridad Personal y libertad.

Como resultado de la adopción de la Doctrina de la Protección Integral, se mira a la niñez no solamente como sujeto de protección, sino también como sujeto de derecho, esto es posible ya que mediante las observaciones hechas por el Comité de Derechos del Niño a El Salvador, se ha ido superando la concepción que se tenía de los niños, niñas y adolescentes”¹³⁰ para que ahora se les pueda reconocer como verdaderos sujetos de derecho, y es en este Título en el que se manifiestan estas dos grandes dimensiones de la Doctrina de la Protección Integral: como sujetos de protección y como sujetos de derecho.

Como sujetos de protección se reconoce el Derecho a la Integridad Personal (artículo 37), el cual se mira como una innovación ya que en el Código de Familia se le reconocía únicamente la integridad moral (artículo 365 CF) y la integridad física (artículo 378 CF), la primera refiriéndose a la protección moral del menor y la segunda se refiere a la protección del menor trabajador, entonces lo que viene a hacer la LEPINA es que da una mayor amplitud en la aplicación de este derecho al establecer que “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a que se les respete su integridad personal, la

¹³⁰ Punto número 9, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: El Salvador. 18/10/93.

cual comprende la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual”; Las disposiciones que velan por la protección de la niñez son: protección frente al maltrato (artículo 38), protección frente a la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 39); protección frente a la privación de libertad, internamiento e institucionalización (artículo 40); Protección frente a la trata de niñas, niños y adolescentes (artículo 41); protección especial frente al traslado y retención ilícita (artículo 43), viajes fuera del país (artículo 44), aquí encontramos una importante innovación ya que se protege a los niños que viajan fuera del país, cuando no van acompañados por sus padres o van junto a uno de ellos, en este último caso necesitan la autorización del otro expedida en acta notarial o por documento autorizado por el Procurador General de la República o por los auxiliares que este último haya delegado para tal efecto, dicho documento tendrá la validez de un año. Y cuando no viaje con ninguno de los padres, necesitará la opinión favorable del Procurador General de la República, quien autorizará la salida del país del niño y también necesita la autorización de quien tenga la representación del niño por medio de una acta notarial.

La autorización deberá ser emitida siempre en acta notarial, la cual contendrá:

- a) Una relación de la certificación de la partida de nacimiento y del pasaporte de la niña, niño o adolescente;
- b) Que se exprese el nombre, apellido, edad, profesión u oficio, domicilio y documento de identidad de la persona con quien viajara el niño, niña o adolescente; y,
- c) La indicación del destino hacia donde viaja y el tiempo de permanencia, ya fuere temporal o definitiva.

Además existen otras normas en la LEPINA que velan por su protección como lo son: la protección especial en casos de desastres y conflictos armados (artículo 54); la Protección frente al abuso y explotación sexual (artículo 55) y la protección contra otras formas de explotación (artículo 56) que prohíbe el trabajo infantil, la venta y el tráfico de niños, niñas y adolescentes, la extradición de órganos o tejidos humanos, así como su comercialización, las formas contemporáneas de esclavitud y las prácticas análogas a esta, la inducción o facilitación a la mendicidad para obtener un beneficio a cuanta de tercero, el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños, niñas y adolescentes para la utilización en conflictos armados, así como también se refiere a la utilización de estos para actividades ilícitas como la producción y tráfico de drogas y estupefacientes.

Hasta este momento hemos identificado cuales son las normas que velan por la protección de la niñez, a continuación identificaremos los derechos que se le conceden a todo niño, niña y adolescente como innovaciones ya que según el Código de Familia no se les reconocía. Según Carlos Enrique Tejeiro López, con la Doctrina de la Protección integral el niño tiene los mismos derechos que un adulto¹³¹, razón por la cual se reconoce a la niñez muchos derechos que en el pasado eran ejercidos únicamente por personas mayores de edad; entre las novedades que incorpora la LEPINA está el derecho a la libertad de tránsito. El reconocimiento de este derecho (artículo 42 LEPINA) implica que los niños no sean vistos como objetos, sino como sujetos de derecho; respecto a este derecho la Sala de lo Constitucional ha hecho una caracterización de la libertad de circulación, señalando que ésta, "también llamada libertad de circulación, de locomoción, movilización o ambulatoria, constituye una de las más importantes facetas de la libertad

¹³¹ CARLOS ENRIQUE TEJEIRO LÓPEZ, Teoría General de la Niñez y la adolescencia, pág. 187.

individual, dado que hace referencia a la proyección espacial de la persona humana. Consiste en la posibilidad de permanecer en un lugar o desplazarse de un punto a otro, dentro o fuera del país, sin ninguna restricción por parte de las autoridades, salvo las limitaciones que la ley impone. Este Derecho se traduce en los siguientes aspectos: (a) en el derecho que tiene toda persona a la libre circulación y permanencia, siendo aplicable en principio a toda la población en general; (b) en que esa libertad se encuentra sometida a las limitaciones que la ley establece, fundadas generalmente en razones de seguridad, sanidad, orden pública, privación legítima de la libertad personal, entre otros; (c) en el derecho a la libertad externa que poseen todos los salvadoreños y que, entre otros aspectos, consiste en no prohibir la salida del territorio sino mediante resolución o sentencia de autoridad competente dictada conforme a las leyes; y (d) en la obligación que tiene el Estado y sus autoridades de garantizar a los gobernados la libertad de circulación o tránsito, tanto frente a terceros como frente al poder público"¹³². También se reconoce el derechos al honor, a la propia imagen, vida privada e intimidad (artículo 46); una importante innovación la encontramos en el artículo 50 que reconoce el derecho a la Defensa Material de los Derechos a todo niña, niña y adolescente, este es el resultado de la aplicación de la Doctrina de la Protección Integral que demuestra que este es un verdadero sujeto de derecho¹³³.

5.3.3.2 Defensa material de sus derechos.

“Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a defenderse con todos los medios que la Ley disponga, ante cualquier persona, entidad u

¹³² Sentencia de 23-VII-1998, Amparo. 27-G-96, Considerando II 3.

¹³³ Jaime Couso, El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia, Pág. 1.

organismo, sea este público o privado. Asimismo, tienen garantizada la protección administrativa y judicial, la cual implica la posibilidad de acudir ante las autoridades competentes, ya sea directamente o por medio de su madre, padre, representantes o responsables, conforme a las disposiciones de esta Ley.

Para el ejercicio de este derecho, el Estado debe garantizar la asistencia y la representación jurídica gratuitas a niñas, niños y adolescentes”.

Este derecho constituye ser uno de los principales desafíos de la nueva justicia de familia en El Salvador: tratar al niño como un sujeto de derechos, que a nuestra opinión se convierte en uno de los principales retos y desafíos al aplicar esta ley, razón por la cual es considerada como una innovación, ya que el Código de Familia no ve a la niñez como sujeto de derechos, sino que es con la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que se logra superar esta visión.

En lo que respecta a los procedimientos jurisdiccionales ante los Tribunales, en esta disposición bien puede verse como una consagración de la garantía del derecho a la defensa, en su aspecto de defensa material. En efecto, expresamente en el numeral segundo, el Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone que “se dará en particular la oportunidad al niño de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”. En su dimensión de “defensa material” esta garantía se traduce en las facultades del niño a intervenir en todos los asuntos que le afecten, formular alegaciones y presentar pruebas¹³⁴ y, en general, estar protegidos en contra de cualquier indefensión¹³⁵. Por ello, como se verá,

¹³⁴ Ligia Bolívar, La Justicia y Acceso, pág. 84

¹³⁵ Op cit. Pag.75.

este derecho no se satisface simplemente consultando la opinión del niño en una oportunidad a lo largo del proceso, sobre dos o tres alternativas cerradas que ya han sido previamente definidas, sino que exige ofrecer al niño la posibilidad de participar en la construcción del caso, desde un principio, siendo un protagonista de la decisión en un sentido más amplio. No se trata simplemente del derecho a opinar, sino del derecho a participar en la decisión del caso (en la decisión de su propia vida).

La adopción de una medida que afecta al niño, tras haber considerado debidamente la opinión del niño, es en un sentido sustancial una decisión distinta, de mucha mayor calidad, que la “misma” decisión adoptada sin tomar en cuenta esa opinión. Dicho en forma negativa, una decisión sobre un asunto relevante en la vida de un niño, que se adopte sin permitir la participación del niño en la producción de la decisión, implica un acto de extrema violencia: la violenta experiencia de que su vida se decida por personas que lo conocen y que no demuestran tener interés en tomar en cuenta lo que le pasa al niño. Esa dramática diferencia de “calidad” en la decisión (aún si resulta ser la misma), dada por el respeto o no de la dignidad y autonomía del niño, justifica los mayores esfuerzos que en cierto sentido implica para la política de la justicia de familia, contar con el tiempo y las capacidades profesionales necesarias para dar efectiva participación al niño en la construcción del caso y la toma de decisiones. De este derecho del niño surgen, como se dijo, importantes estándares y exigencias para las decisiones jurisdiccionales adoptadas por los Juzgados especializados y Cámaras especializadas en la niñez y adolescencia.

Un primer estándar impuesto por este principio a las decisiones de los Juzgados especializados y Cámaras especializadas en la niñez y adolescencia que afecten a un niño es de derecho sustantivo. “Tomar

debidamente en cuenta” la opinión del niño impone, en mi opinión, conferir un “especial peso” (artículo 93 y 94 LEPINA) a esa opinión y a las preferencias expresadas por el niño, en su caso. No debe entenderse esto en el sentido de que se debe necesariamente resolver el asunto de la forma como el niño quiere, pero sí en el sentido de que a la hora de ponderar los diversos principios en tensión y de sopesar las distintas alternativas de solución, la opinión del niño, especialmente si de ella se deriva una preferencia a favor de una de esas diversas alternativas de solución, debe traducirse en conferirle un mayor peso relativo a la alternativa escogida por el niño. Así, si en un determinado caso resulta que “antes” de considerar la opinión del niño no hay una alternativa claramente preferible a las otras (en su interés superior) entonces, después de escuchar su opinión, la alternativa que el niño prefiere adquiere un “especial peso” en la balanza, que termina por inclinar definitivamente en favor de esa preferencia. A la misma conclusión puede llegarse si “antes” de escuchar la opinión del niño una alternativa parece apenas un poco mejor que las otras; entonces, la preferencia expresada por el niño a favor de otra alternativa que no parecía la mejor, perfectamente puede inclinar la balanza en su favor al conferirle un mayor peso relativo.

Por cierto que para la aplicación de este estándar, por mandato del propio artículo 12 de la Convención, debe tenerse en cuenta la edad y madurez del niño, pues es precisamente en función de estos criterios que el tribunal debe tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño”. Entonces, cuál será concretamente el mayor peso relativo que la opinión y preferencia del niño le conferirá a una determinada alternativa de resolución de un caso, es una cuestión que varía según la edad y madurez del niño. Así, es perfectamente posible que en el último ejemplo señalado un adolescente de 16 ó 17 años,

con suficiente madurez, le confiera un mucho mayor peso que a un niño de 3 años.

Un segundo estándar impuesto por la referida disposición es de carácter jurídico-procesal, y les exige considerar en la fundamentación de las sentencias la opinión del niño. Si “tomar debidamente en cuenta” esa opinión supone conferirle un especial peso en el plano sustantivo, entonces la sentencia, en sus considerandos, debe dar cuenta de la forma en que el tribunal tomó en cuenta la opinión del niño, confiriéndole ese especial peso. Esta garantía, además, está vinculada con el derecho de los niños a la defensa, en la medida que sólo podrá impugnar una resolución que ignoró su opinión (que no la tomó “debidamente en cuenta”) si el razonamiento del tribunal, contenido en la sentencia, es transparente a este respecto. Un tercer y último estándar que, me parece, emana del principio examinado, es de carácter estrictamente procedimental, y exige que el niño tenga la posibilidad efectiva de participar en la construcción del caso, desde sus inicios hasta la sentencia. Como ya se dijo, el derecho del niño a opinar y a participar de ese modo en la decisión de “todos los asuntos que afectan al niño” no se puede reducir a que se le consulte su opinión una o dos veces en el proceso sobre cuál de dos opciones cerradas prefiere. Pues en tal caso el niño no ha podido participar en el conjunto de decisiones que hicieron de esas dos alternativas las únicas opciones posibles.

El proceso contempla muchas definiciones parciales que van cerrando o abriendo caminos, y que de ese modo van incidiendo directa o indirectamente en la decisión impuesta en la sentencia, que afectará la vida del niño de modo determinante. Más aún, algunas de estas decisiones son previas a la demanda o denuncia que da origen al proceso judicial, y se sitúan en sede de los órganos de la administración pública (como las Oficinas

de Protección de Derechos) que deciden, por ejemplo, judicializar un problema que afecta a un niño, buscando una medida jurisdiccional compulsiva para las partes. El derecho del niño a participar en estas decisiones que van determinando su vida, debe extenderse a la decisión (muchas veces opinable) sobre si acaso judicializar o no el caso, sobre las medidas cautelares que el tribunal adoptará, sobre el diagnóstico al que se someterá al niño, sobre las personas que serán citadas o a quienes se oirá para examinar las opciones existentes y finalmente, sobre la decisión que se adoptará por parte del tribunal, decisión que en cualquier caso suele ser revisable, con lo cual el niño deberá tener la posibilidad de opinar sobre la revisión, mantención o cambio de la decisión adoptada¹³⁶. Todas estas decisiones “afectan al niño”; por ejemplo, la decisión acerca de quién debe ser citado u oído para decidir es fundamental: el niño seguramente tendrá su visión sobre quiénes son personas relevantes para aportar soluciones a su situación, quiénes son recursos afectivos o protectores en su vida, como para que se los tenga en cuenta en la búsqueda de una solución; también podrá tener una opinión sobre los riesgos de adoptar o no una medida cautelar que implique separación provisional de alguno de sus padres; etc. La forma de involucrar al niño o adolescente en la construcción del caso por medio de su derecho a la defensa en los Juzgados especializados y Cámaras especializadas en la niñez y adolescencia en nuestra opinión, es indispensable ofrecer defensa jurídica autónoma al niño, para garantizar su derecho a participar en la toma de decisiones en sede de dichos juzgados. El involucramiento del niño en las diversas etapas del proceso exige estar permanente informado del curso del proceso, incluso de las decisiones “de mero trámite” (citación a determinadas personas, convocatoria o no a una determinada audiencia, aceptación o no de determinada prueba etc.), y tener

¹³⁶ Alejandro M. Garro, El acceso de los pobre a la justicia en América Latina, pag. 287.

la oportunidad de intervenir en la configuración de esas decisiones, todo lo cual es impracticable sin una representación técnica de sus intereses en el mismo juicio.

El involucramiento del niño en las diversas instancias del proceso no puede traducirse en que se le cite diez veces durante el juicio, lo que podría convertirse en una carga insostenible para él. Contar con un abogado que está atento al curso del proceso, para defender los intereses del niño en las diversas instancias del mismo, es la forma privilegiada de intervenir en él. De hecho, la garantía de la defensa técnica (mediante la designación de un abogado del niño), como medio para asegurar el derecho a la defensa material (el derecho a ser oído), viene reconocido por la Convención de Derechos del niño, y por los demás instrumentos internacionales de derechos humanos¹³⁷. Según el artículo 215 de la LEPINA para tramitar las pretensiones relativas a los derechos y deberes establecidos en la presente Ley, en las distintas etapas, instancias y grados de conocimiento, se aplicarán las disposiciones de la Ley Procesal de Familia; razón por lo cual es importante retomar el artículo 10 de la Ley Procesal de Familia que establece 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”, es decir nos estamos refiriendo a la Procuración Obligatoria la cual se conoce con el nombre de Defensa Técnica.

¹³⁷ Artículos 12. 2 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se refiere a este aspecto del derecho a la defensa, al hacer referencia a la intervención del niño en todo procedimiento judicial o administrativo, también por medio de un representante; todo esto es apoyado por otros instrumentos internacionales, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son mas explícitos respecto del derecho de la defensa técnica.

Por tanto toda la participación del niño debe siempre estar orientada a garantizar efectivamente su participación. Todo esto se relaciona con el Derecho de Acceso a la Justicia reconocido en el artículo 51 LEPINA que garantiza su participación; una vez iniciado el proceso, como se dijo anteriormente: la Doctrina de la Protección Integral busca el reconocimiento de derechos que antes solo pertenecían a las personas adultas para que ahora pertenezcan a los niños y adolescentes tal como es el Derecho al Debido Proceso (artículo 52 LEPINA). Este es un derecho fundamental, porque se encuentra reconocido por la Constitución de la República de el Salvador al expresarlo en su artículo 11. Se materializa en aquellas garantías mínimas e ineludibles que permiten el resultado justo, equitativo e imparcial en un proceso, lo que se conoce como la tutela jurisdiccional efectiva. Por ejemplo, ser escuchado, tener un abogado, ofrecer pruebas, un juez predeterminado, una sentencia motivada y oportuna, la doble instancia. No caben los procesos indebidos o procesos no debidos, estos son descalificados por la ley 138. El artículo 53 de la LEPINA se refiere a la Garantía de Reserva, la cual fue retomada del artículo 375 de la Ley Procesal de Familia, dicha disposición quedo derogada de la Ley de Familia por el Decreto Legislativo No. 839 de fecha 26 de marzo de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 68, Tomo 383 de fecha 14 de Abril de 2009 que contiene la aprobación de la LEPINA, logrando entonces adaptarse sin sufrir ningún tipo de modificación en esta nueva ley.

¹³⁸ GEORGINA VILLALTA, Informe de Cumplimiento De La Convención de los Derechos de la Niñez, Pág. 36.

5.3.4 Protección de la Persona Adolescente Trabajadora.

Según el artículo 258 literal c) de la LEPINA queda derogado el artículo 114, incisos 2, 3 y 4 del Código de Trabajo ya que con el artículo 59 de esta ley expresa claramente una de las principales innovaciones en materia laboral, y es que la edad mínima para el trabajo ya no serán 12 años como lo permitía el Código de Trabajo sino 14 años, quedando establecido que bajo ningún concepto se autorizara el trabajo para niños, niñas y adolescentes menores de 14 años. Algo importante en esto es que en la parte final del artículo en mención de la LEPINA expresa que: bajo ningún concepto se “autorizara” el trabajo para las niñas, niños y adolescentes, esta Autorización se convierte en una innovación ya que permite que sea por medio de ella que se le permita trabajar a la niñez salvadoreña, dicha autorización es concedida por el Ministerio de Trabajo y Previsión Social mediante un Credencial para el Trabajador (artículo 66 y 67 LEPINA). Se considere ser una innovación porque aclara la dificultad interpretativa que existía entre el Código de Familia en el artículo 376 y el artículo del Código de Trabajo antes mencionado.

Otra importante innovación es que en el artículo 58 inciso 2 LEPINA, se reconoce que ellos tienen el derecho a celebrar actos, contratos y convenios, sean individuales o colectivos, claro siempre con la autorización de quien este encargado de su tutela y protección, la diferencia radica que anteriormente esto era regulado por el Código de Trabajo en el artículo 115 y se entendía no como un derecho sino que permitía celebrar un contrato por medio de sus representantes legales o por medio de las personas de quienes dependan económicamente, es decir el contrato no lo realizaban ellos mismos, sino que era otro el que lo celebraba en su representación, con la

LEPINA se supera el sistema de capacidades al permitir a un niño, niña y adolescente poderlo hacer.

Otra de las importantes innovaciones que incorpora esta ley es que en el artículo 70 permite que cualquier persona podrá denunciar ante las Juntas de Protección de la Niñez y de la Adolescencia o ante el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, las situaciones que puedan significar amenaza o violación de los derechos de los adolescentes trabajadores, así como las niñas y niños que estén siendo empleados, utilizados o explotados de una forma no adecuada.

5.3.5 Derechos al Desarrollo.

Estos derechos se refieren a aquellos derechos que el niño, niña y adolescente necesita para su desarrollo dentro del entorno social y se encuentran regulados en el Título III referente a los Derechos al Desarrollo, incorpora dos Capítulos, el primero se refiere a la Personalidad, del artículo 72 al artículo 80, y el segundo se refiere a la Educación y Cultura, del artículo 81 al artículo 91.

En lo que se refiere a la personalidad se reconoce a todo niño, niña y adolescente el Derecho al libre desarrollo de su personalidad (artículo 72) lo que se considera ser una novedad en esta ley por el mismo hecho de incorporar la Doctrina de la Protección Integral al ámbito jurídico, ya que garantiza el libre y pleno desarrollo de su personalidad; el Derecho a la Identidad (artículo 73) que es reconocido por la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo este el primer instrumento internacional que

reconoce el concepto de un derecho a la identidad, como tal. Este derecho comprende, según el artículo 8 de la Convención, el derecho a un nombre, a una nacionalidad y a “las relaciones familiares.”Según la LEPINA estas mismas son las dimensiones que comprende dicha disposición”.

Una importante innovación la encontramos en el artículo 77 en el que expresa el plazo para efectuarse la inscripción de un recién nacido en el Registro del Estado Familiar, al establecer 90 días hábiles después del parto para realizar la respectiva inscripción, esta disposición reforma la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio¹³⁹, al expresar en el artículo 11, el plazo de 15 días después del parto para registrar el nacimiento, de no hacerse en este plazo da lugar a una multa; pero con la LEPINA se da la oportunidad que se pueda hacer en un plazo mayor dicho registro.

En lo que se refiere al Capítulo II, dedicado a la Educación y Cultura una importante innovación la encontramos en el artículo 86 LEPINA que reconoce las responsabilidades del Estado, específicamente en el literal b) que garantiza que este deberá procurar asistencia alimentaria gratuita en los centros públicos de educación inicial, parvularia y primaria; se considera ser una novedad ya que esta iniciativa no se encuentra dentro de las disposiciones del Código de Familia.

En el Código de Familia se había regulado el derecho a la cultura, recreación y deportes (artículo 383) estableciendo que el Ministerio de educación en coordinación con el instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la

¹³⁹ Creada mediante Decreto Legislativo número 496, de fecha 9 de noviembre de 1995, publicado en Diario Oficial número 228, Tomo número 329, el 8 de diciembre de 1995.

Niñez y la Adolescencia promoverán la asignación de recursos y espacios para la ejecución de programas culturales, recreativos y deportivos para menores; la LEPINA es más clara al determinar un beneficio muy importante para la niñez al establecer que el acceso y uso de espacios e instalaciones públicas dirigidas a la recreación, esparcimiento, deporte, juego y descanso, como los parques, será gratuito para todos los niños, niñas y adolescentes.

5.3.6 Derecho de Participación.

Estos derechos se encuentran regulados en el Título IV referente a los Derechos de Participación, incorpora un Capítulo Único, del artículo 92 al artículo 100. Los derechos de participación son necesarios para crecer como persona; se consideran voluntarios pero requieren de la iniciativa personal; deben ser activos¹⁴⁰. El derecho de participación representa, en los términos de la Convención sobre los Derechos del Niño, un aspecto fundamental para el cambio y para la aplicación efectiva del nuevo paradigma¹⁴¹. La participación según Gloria Perdomo, se define como una condición inherente a la persona, como el camino natural para que el ser humano pueda potenciar su tendencia innata a realizar, hacer cosas, afirmarse a sí mismo, teniendo capacidad para dominar la naturaleza y el mundo social¹⁴². Según la autora de esta definición, se participa para satisfacer además, otras necesidades no menos básicas, tales como la interacción con los demás hombres, la autoexpresión, el desarrollo del pensamiento reflexivo, el placer de crear y recrear cosas y, también, la valorización o reconocimiento de sí mismo por los otros.

¹⁴⁰ <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulocodigo=1389811>.

¹⁴¹ Nestor E. Solari, La Participación del Niño Derecho Constitucional, pág. 2.

¹⁴² Gloria Perdomo, La participación Social como principio rector y garantía de la Protección integral de la Infancia, pag. 4.

Desde esta perspectiva, presentamos a continuación un análisis referido al significado social y las implicaciones culturales o educativas del derecho de participación social que afirman la Convención sobre Derechos del Niño y son retomadas por la LEPINA como elemento innovante dentro de la legislación familiar salvadoreña. ¿Quiénes son los sujetos de la participación? Los niños, niñas y adolescentes sujetos de Derechos Humanos. Es por ello que la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada en Naciones Unidas en 1989, se promulga haciendo una exigencia revolucionaria sobre la obligación de la humanidad de respetar a los niños y niñas, declarándolos como sujetos de derechos humanos. Este pronunciamiento legal supone un verdadero salto en la historia de nuestra “civilización”, que se fundó y estableció considerando la inferioridad, incapacidad y minusvalía de las personas menores de diez y ocho años de edad; razón por la cual la niñez puede también ejercer derechos al igual que las personas adultas; entre tales derechos son los que encontramos en este capítulo, tales como: el Derecho de petición (artículo 92), que es una clara manifestación del artículo 18 de nuestra Carta Magna al expresar que “Toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan, y a que se le haga saber lo resuelto”. Este mismo derecho es el reconocido por la LEPINA, el cual al ser aplicado constituye un verdadero desafío social. Además se reconocen derechos tales como el Derecho a la Libertad de Expresión (artículo 93); Derecho a opinar y ser oído (artículo 94), el Comité de los Derechos del Niño considera como principio fundamental el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta¹⁴³. La principal fuente de este derecho o principio es el artículo 12 de la CDN, que contiene dos partes. Una parte general reconoce el derecho del niño a “expresar su

¹⁴³ Comité de los derechos del Niño, 53 periodo de sesiones, 11 al 29 de enero de 2009, La aplicación de la Convención sobre los Derecho del niño, punto numero 57.

opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño...” Las opiniones del niño deben tenerse “debidamente en cuenta,” habida cuenta de su edad y madurez. El niño goza de este derecho desde que “esté en condiciones de formarse un juicio propio”. El segundo párrafo del artículo 12 confirma la aplicabilidad de este principio a procedimientos legales o administrativos, precisando que es menester proporcionar al niño “oportunidad de ser escuchado... ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.” El Artículo 92 LEPINA establece que en procedimientos relativos a la custodia de un niño o la suspensión o pérdida de autoridad paterna, “se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.” El niño afectado obviamente pertenece a esta categoría de ‘partes interesadas’. El Código de Familia reconoce el derecho del niño a partir de 12 años de edad a ser oído, en determinados procedimientos.¹⁴⁴ El establecimiento de un límite de edad a partir del cual se reconoce el derecho del niño a ser oído no es coherente con el Artículo 12 de la CDN, y mucho menos a una edad tan avanzada. Resulta evidente que los niños adquieren la capacidad de formar opiniones mucho antes de llegar a la adolescencia. El sabio principio de que las autoridades que escuchen la opinión de un niño deben determinar que peso merece, habida cuenta de la edad y madurez del sujeto, hace innecesario establecer para este efecto límites inflexibles de edad. En la LEPINA se reconoce legítimamente este derecho al establecerlo para su efectiva garantía. Se reconoce el derecho de acceso a la información (artículo 95); derecho a la Libertad de pensamiento, conciencia y religión (artículo 98); Libertad de Reunión (artículo 99) y libertad de asociación (artículo 100).

¹⁴⁴ Art. 174 (adopción) y Art. 208 (tutela) Código de Familia.

5.3.7 Deberes de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Estos deberes se encuentran regulados en el Título V y comprenden los artículos 101 y 102. En los que se establece que tanto la madre, el padre, el o los representantes o responsables de las niñas, niños y adolescentes, tienen el derecho y el deber de dirigirlos y orientarlos en el goce y ejercicio de los derechos establecidos en los artículos anteriores, de modo que los mismos contribuyan a su desarrollo integral. Los deberes que se le imponen a toda la niñez son:

- a) Conocer y defender activamente sus derechos;
- b) Respetar y obedecer a su madre, padre, representantes, responsables y maestros;
- c) Tratar con respeto y decoro a los funcionarios y empleados públicos;
- d) Respetar los derechos y garantías de las demás personas;
- e) Respetar y cumplir la Constitución y las leyes de la República;
- f) Respetar los símbolos patrios y la diversidad cultural;
- g) Reconocer la historia nacional;
- h) Cumplir con las obligaciones y deberes escolares y familiares;
- i) Proteger y conservar el medio ambiente y hacer uso racional de los recursos naturales; y,
- j) Cualquier otro deber que se establezca en esta Ley.

5.4 Innovaciones que incorpora la LEPINA al Código de Familia.

El artículo 207 del Código de Familia es una disposición jurídica que hace referencia al ejercicio de la autoridad parental, pero específicamente en el inciso 3, es donde se incorporan una modificación importante que viene a

profundizar en materia de protección de la niñez salvadoreña, el inciso 3, “establece que la motivación para la designación por los progenitores de cuál de ellos ejercerá la autoridad parental y administrará los bienes, podrá ser designada de común acuerdo entre sus padres”¹⁴⁵. La Innovación que le es incorporada es que, el niño/a o adolescente (el hijo), debe ser oído en esos casos y por ende se debe proceder a la aplicación del Art. 94 LEPINA.

5.4.1 Actos de Uno de los Padres

El artículo 208 del Código de Familia, el cual expresamente dice: “Que los actos realizados en ejercicio de la autoridad parental por uno de los padres, en situaciones de suma urgencia en consideración a los usos o en circunstancias especiales, se presumirá que cuentan con el consentimiento del otro, pero se establece también que esta presunción no operará cuando el menor necesite salir del país”¹⁴⁶. La Innovación esta relacionada con el artículo 44 de LEPINA, al referirse a los viajes fuera del país, el cual establece que: “Las niñas, niños y adolescentes pueden viajar fuera del país, acompañados por el padre y la madre o por uno solo de ellos, pero como ya se había dicho anteriormente que en este último caso se requieren autorización del otro, consentimiento que deberá ser expedida en acta notarial o por documento autorizado por el Procurador General de la República, este documento solamente tendrá la validez de un año, es decir

¹⁴⁵ Óp. Cit. Código de Familia, artículo 207

¹⁴⁶ Óp. Cit. Código de Familia, artículo 208.

que de esta manera se busca proteger a los niños, niñas y adolescencia salvadoreña”¹⁴⁷.

5.4.2 Cuidado Personal.

En cuanto al artículo 211 del Código de Familia. Se establece que el padre y la madre deberán criar a sus hijos con esmero; proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad. En la función de cuidado debe tenerse en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo, y también se establece que cuando se tratare de hijas e hijos con discapacidad y éstos alcancen la mayoría de edad, continuarán gozando del derecho de alimentos necesarios acorde a su condición, siempre que dicha capacidad especial, sea acreditada ante la autoridad legal competente. Y si el hijo llega a su mayoría de edad y continúa estudiando con provecho tanto en tiempo como en rendimiento, deberán proporcionársele los alimentos hasta que concluya sus estudios o haya adquirido profesión o oficio, por lo que el padre y la madre, estarán obligados a cuidar de sus hijos desde su concepción”¹⁴⁸. Entre las innovaciones que le son incorporadas a esta disposición conforme a la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia están:

La LEPINA en artículo 12, en párrafo tercero, se puede vislumbrar la aplicación del Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente, en el cual se establece que, “La madre y el padre tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo de la niña, niño y adolescente.

¹⁴⁷ Óp. Cit. artículo 44 de LEPINA.

¹⁴⁸ Óp. Cit. Código de Familia, artículo 211

Incumbe a la madre y padre o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de la niña, niño y adolescente y su preocupación fundamental será el interés superior de éstos y el Estado lo garantizará”¹⁴⁹. Ya que en el artículo 78 LEPINA, se le reconoce el Derecho a conocer a su madre y padre y a ser criados por ellos, por lo que “Todas las niñas, niños y adolescentes, sin importar el origen de su filiación, tienen derecho a conocer a su madre y a su padre y ser criado por ellos, salvo en este último caso cuando sea contrario a su interés superior”¹⁵⁰. En el artículo 17 LEPINA, específicamente en el encabezado, se reconoce el Derecho a la protección de las personas que esta por nacer, y se establece que “La protección de niñas y niños por nacer se ejercerá mediante la atención en salud y psicológica de la embarazada, desde el instante de la concepción hasta su nacimiento”¹⁵¹.

5.4.3 Deber de Convivencia

El artículo 212 del Código de Familia. Establece que “El hijo bajo autoridad parental deberá vivir en compañía de su padre y madre o con aquél de ellos que lo tenga bajo su cuidado personal. No puede, sin su permiso dejar el hogar y si lo hiciere podrán los padres hacerlo volver usando el procedimiento establecido en la ley, si fuere necesario”¹⁵².

Lo anterior es aplicable al caso en que el cuidado personal del hijo haya sido confiado por los padres o el juez, a otra persona. En este sentido la LEPINA,

¹⁴⁹ Óp. Cit. artículo 12 LEPINA.

¹⁵⁰ Óp. Cit. artículo 78 LEPINA

¹⁵¹ Ibídem. artículo 12 LEPINA

¹⁵² Óp. Cit. Código de Familia, artículo 212

establece que, el hijo bajo autoridad parental deberá vivir en compañía de su padre y madre o con aquél de ellos que lo tenga bajo su cuidado personal. No puede, sin su permiso dejar el hogar y si lo hiciere podrán los padres hacerlo volver usando el procedimiento establecido en la ley, si fuere necesario, esto es aplicable al caso en el que el cuidado personal del hijo haya sido confiado por los padres o el juez, a otra persona. Por lo que se vuelve sumamente necesario la tener en cuenta la aplicación de las siguientes disposiciones innovadoras: “1) LEPINA: Arts. 80 (Derecho a ser criado en familia, tercer párrafo) y 94 (Derecho a opinar y ser oído). 2) Conexión entre esta norma y lo previsto para los casos de separación y el divorcio de los progenitores (art. 216 CF), y en la sentencia declarativa de unión no matrimonial (ord. 4º, art. 124). 3) Audición del niño, niña o adolescente acerca de los motivos que lo indujeron a dejar el hogar. Dicha audición es aún más importante si el cuidado personal ha sido confiado a otra persona. 4) Riesgos que conlleva el que los progenitores estén facultados para confiar el cuidado personal del hijo a otras personas: problemas de tráfico de niños, fuente de abusos y de violación a sus derechos. Se trata de medidas judiciales y, por tanto, son competencia de los jueces aplicar los artículos 124, 125, 126, 127 y 128 LEPINA”¹⁵³.

5.4.4 Relaciones y Trato

El artículo, 217 del Código de Familia, establece que: “El padre y la madre, aunque no convivieren con su hijo, deberán mantener con él las relaciones afectivas y el trato personal que favorezca el normal desarrollo de su personalidad. Cuando sea necesario, el juez podrá regular el tiempo, modo y

¹⁵³ Óp. Cit. LEPINA.

lugar que para ello se requiera, y quien tuviere el cuidado personal del hijo no podrá impedir tales relaciones y trato, a no ser que a criterio del juez se estimaren contrarios al interés del hijo. Si no lo fueren el juez tomará las medidas que mejor protejan tal interés, de igual manera se establece que también tienen derecho de comunicación con el hijo los abuelos, los parientes y otras personas que demuestren un interés legítimo, siempre que esto no resultare perjudicial a la salud física y mental del menor”¹⁵⁴. La innovación que incorpora la LEPINA, es que precisamente en cuanto a las relaciones y trato del niño, establece que se trata del derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, y del derecho que tienen éstos a mantener dichas relaciones con aquéllos, haciendo referencia a las disposiciones de la CDN, en sus artículos, 9.3 y 10.2; Código de Familia y los artículos. 217, y artículo. 79, de la LEPINA.

5.4.8 Desamparo del Hijo

El artículo 219 Código de Familia, establece que: “En caso de muerte, enfermedad grave de sus padres o cuando por cualquier otra causa el hijo quedare desamparado, el juez con la urgencia del caso confiará temporalmente su cuidado a cualquiera de sus abuelos y si ello no fuere posible, recurrirá a una entidad especializada, por lo que el juez, en la elección de la persona preferirá a los consanguíneos de grado más próximo y en especial a los ascendientes, tomando en cuenta el interés del hijo”¹⁵⁵. La Innovación que le es incorporada por la LEPINA a esta disposición, es que precisamente debe responder al a los supuestos del art. 124 de la LEPINA,

¹⁵⁴ Óp. Cit. Código de Familia, artículo 217.

¹⁵⁵ Óp. Cit. Código de Familia, artículo 219.

referido al acogimiento familiar, el cual es de aplicación preferente en la materia por la existencia del nuevo sistema que obedece a la doctrina de protección integral.

5.4.9 Hijos Ausentes Del Hogar

El artículo 220 del Código de Familia, establece que “Siempre que el hijo bajo autoridad parental o cuidado personal, se ausentare del hogar y se hallare en urgente necesidad y no pudiese ser asistido por sus padres ni por quien lo tuviere bajo su cuidado personal, se presumirá la autorización de éstos para que cualquier persona le suministre alimentos. Por lo que se establece que El que hiciere los suministros, avisará lo más pronto que fuere posible a los padres o al que tuviere el cuidado personal o al Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales y tendrá derecho en ese caso, a que se le restituya el valor de lo suministrado”¹⁵⁶.

Desde el enfoque otorgado por el Código de Familia, “podríamos decir que es poco probable que en la práctica se de la aplicación de esta disposición, ya que no parece estar referida al supuesto del artículo 212, Deber de convivencia, mucho menos al artículo 216 el cual hace referencia a los acuerdos sobre el cuidado personal, sino más bien a la obligación de alimentos”¹⁵⁷. En este sentido podría decirse que, parecería que se le otorga más importancia al gasto realizados por la persona que tuvo a su cargo al menor, que a la situación de desprotección de la niña, niño o adolescente es objeto.

¹⁵⁶ Óp. Cit. Código de Familia, artículo 220

¹⁵⁷ Óp. Cit. Capacitación del CNJ.

En este sentido consideramos que lo innovador que incorpora la LEPINA, es precisamente cuando en una situación similar como la antes mocionada, sería lo más apropiado acudir a las Juntas de Protección de la Niñez y la Adolescencia, que son una de las instituciones que integran el sistema de protección, conforme a lo que establecen los artículos. 105,159 y 161, letras a) y b), por tratarse del derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, y del derecho que tienen éstos a mantener dichas relaciones con aquéllos, de acuerdo a lo que establece La CDN. En sus Artículos. 9.3 y 10.2; CF. artículo. 217; LEPINA: artículo. 79, dado que en el Derecho comparado recibe distintas denominaciones: derecho de frecuentación, derecho a relaciones y trato, derecho de comunicación, derecho a tener contactos, derecho a visitas, encuentro familiar, derecho a convivencia familiar.

5.4.10 Derecho de Alimentos

El artículo 247, establece que “Son alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario”. La innovación que incorpora la LEPINA en el Art. 20, consiste en ser mas clara dicha definición, ya que son más amplios que los previstos en esta norma del CF, porque no se limitan a una enumeración, sino que se debe interpretar, en cada caso, qué se entiende por un nivel de vida adecuado para el niño, niña o adolescente que solicita alimentos. La expresión alimentos resulta meramente referencial.

De igual manera en el artículo 248 del Código de Familia establece Sujetos de la obligación alimenticia “Se deben recíprocamente alimentos: 1º) Los

cónyuges; 2º) Los ascendientes y descendientes; hasta el segundo grado de consanguinidad; y, 3º) Los hermanos.” La innovación que incorpora la LEPINA, es precisamente en el último párrafo del artículo 20. Es cual establece que son “Los obligados a suministrar alimentos a los niños, niñas y adolescentes son: madre, padre, familia ampliada, es decir cuando la ley hacer referencia a la familia ampliada, debe entenderse que comprende también a los miembros de la familia, en grado ascendientes, hermanos, tíos, representantes y responsables.

De igual manera el artículo 249, del Código de Familia “Definida la paternidad conforme lo establece este Código, toda mujer embarazada tiene derecho a exigir alimentos al padre de la criatura, durante todo el tiempo del embarazo y los tres meses siguientes al parto, incluidos los gastos del parto”.

La innovación que es incorporada a esta disposición por la LEPINA, es la que específicamente contempla el artículo 17 en su encabezado, ya que establece, que “la protección de las niñas y niños por nacer se ejercerá mediante la atención en salud y psicológica de la embarazada, desde el instante de la concepción hasta su nacimiento”.

En ambas normas se persigue el mismo objetivo, sin embargo en el CF parece enfocarse desde la embarazada, mientras que en la LEPINA desde el niño o niña. Por cuanto no se contradicen, las normas se complementarían para su aplicación.

5.5 Innovaciones que presenta la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su Libro II en comparación con las Disposiciones del Código de Familia.

5.5.1 Disposiciones Generales del Libro Segundo

El Libro Segundo comprende desde el artículo 103 hasta el artículo 213, el cual tiene como título primordial la existencia de “El Sistema de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia”. Pero antes de esto es necesario comenzar diciendo que antes de la entrada en vigencia de la LEPINA, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), “tenía por objeto ejecutar y vigilar el cumplimiento de la Política Nacional de Atención al Menor, en todo el Territorio Nacional y brindar protección integral al menor”¹⁵⁸, y para lograr su objeto, el Instituto tenía que promover la participación de la familia y la comunidad y coordinará las acciones que en la protección del menor ejecutarán los demás entes de la administración pública, las Municipalidades, los organismos no gubernamentales y otras entidades.

En este sentido podemos decir que en el Código de Familia se reconocía la protección de la niñez pero de una manera mixta, esto en razón de que anteriormente se establece en el artículo 398 del Código de Familia que se crea “El Sistema Nacional de Protección a la Familia y Personas Adultas Mayores”, pero con la creación de la LEPINA, cambia la perspectiva ya que ahora la protección va enfocada directamente a la niñez, y como rol garante esta la familia, la sociedad y el mismo estado; es por ello que ahora se crea “El Sistema de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia”, el cual utiliza dos grandes sistemas: 1) El administrativo y 2) El judicial.

¹⁵⁸ Ley del Instituto Salvadoreño para El Desarrollo Integral de La Niñez y Adolescencia. Art.4.

En la Ley se define a este sistema, como el “Conjunto coordinado de órganos, entidades o instituciones, públicas y privadas, cuyas políticas, planes y programas tienen como objetivo primordial garantizar el pleno goce de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en El Salvador”¹⁵⁹.

Dentro de este sistema de protección participan: “a) Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (CONNA), b) Concejos Locales de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia; c) Juntas Municipales de Protección de la Niñez y de la Adolescencia; d) Red de Atención Compartida (incluidas las Defensorías de la Niñez y la Adolescencia, y el ISNA); e) Órgano Judicial; f) Procuraduría General de la República; y, g) Fiscalía General de la República”¹⁶⁰. El elemento articulador del sistema, es la Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (PNPNA); esto en razón, que se constituye como el factor principal a través del cual se relacionan las distintas instituciones que integran al mismo, definiéndolo la Ley como un “conjunto sistemático de objetivos y directrices de naturaleza pública cuya finalidad es garantizar el pleno goce de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”¹⁶¹. Los programas, son complementos de las políticas y se enfocan en: la protección, atención, restitución, promoción o difusión de los derechos de las niñas, niños y adolescentes por parte de las entidades de atención públicas o privadas, todos estos programas deben guardar coherencia con la Política Nacional; estos programas se deben inscribir y acreditar por el Consejo Nacional y se constituyen como el elemento de conexión entre la Red de Atención Compartida y el Sistema Nacional de

¹⁵⁹ Óp. Cit, Exposición de motivos de la ley (LEPINA). Pag 5

¹⁶⁰ Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia, Decreto Legislativo No. 320 de fecha 15 de abril de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 69, Tomo 387 de fecha 16 de abril de 2010.

¹⁶¹ *Ibidem*. Pag. 6

Protección; y de este sistema con los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

Por lo que una de las Innovaciones que se incorpora con esta nueva legislación, es que precisamente este sistema de protección viene a complementarse y a dar una nueva perspectiva en materia de protección de la niñez salvadoreña, por lo que con la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, y por lo tanto se deroga la ley del ISNA, mediante el artículo 258 literal d) de la LEPINA, y como consecuencia de esto se le quita la atribución al ISNA, de ser el ente principal de dictar, la Política Nacional de Atención al Menor, y pasa hacer una dependencia de Sistema de Protección que es creado por la LEPINA, por lo que se pasa a estructurar tanto su nombre y pasa hacer llamado en esta nueva ley como: el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, por lo que pasa a formar dependencia del Régimen de Atención Compartida, artículo 179 LEPINA.

En este sentido la atribución la Política Nacional de Atención al Menor, pasa a hacer de ahora en adelante del Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, (CONNA), artículo 135 numeral 1) de la LEPINA”¹⁶².

5.5.2 Componente Administrativo de las Garantías de los Derechos Colectivos y Difusos en la LEPINA.

Una de las principales innovaciones que es incorporada por la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, es hacer el reconocimiento

¹⁶² Óp. Cit. LEPINA, artículo. 258 literal d).

de manera expresa de los Derechos Difusos y de los Derechos Colectivo, por lo que se permiten la protección jurídica de situaciones supra personales.

Cuando hacemos referencia al Derecho Colectivo, debemos entender que es “el derecho de comunidades o sectores poblacionales compuestos por sujetos de derechos más o menos determinables, que representan, en definitiva, los intereses que el grupo persigue en forma unificada, en función de sus características y aspiraciones comunes”¹⁶³, y cuando nos referimos al Derecho Difuso debemos tener muy presente que este “Es el que corresponde a una pluralidad indeterminada o indeterminable de sujetos. Tienen por objeto garantizar y restituir el derecho a todos los afectados por su amenaza o conculcación. Puede ser invocado, bien por particulares legitimados para actuar; por órganos o instituciones públicas, así como por asociaciones privadas”¹⁶⁴.

Otra de la principales innovaciones que incorpora la Ley de Protección de la Niñez y la Adolescencia, es que precisamente hace el reconocimiento expreso de la descentralización en materia de protección de la niñez, a las municipalidades, a través de los diferentes Comités Locales, esto conforme a lo que establece el artículo 154 de la LEPINA.

La Doctrina de la Protección Integral privilegia el abordaje de los problemas de la infancia y la adolescencia desde los espacios locales, ya que considera que es desde el poder local donde es posible encontrar mejores y verdaderas soluciones a estos problemas. “Esta premisa resulta particularmente cierta en

¹⁶³ *Ibidem*. Pag. 8

¹⁶⁴ La Tutela De Los Intereses Colectivos Y Difusos En Venezuela Como Medio De Protección Constitucional, Dr. Rafael Badell Madrid Prof. Ucv Y Ucab De Derecho Administrativo.

lo que se refiere a la solución de los conflictos de índole social, pues es allí, en el lugar en que ocurre la situación que se pretende resolver, donde se tiene una mejor comprensión de los factores que generan el problema y una visión más clara de cuáles podrían ser las alternativas más ajustadas a la realidad, las costumbres e idiosincrasia de las familias y comunidades de la zona”.

En este sentido se establece que precisamente en el ámbito local donde se puede hacer una realidad tangible el principio de corresponsabilidad de las familias, la sociedad y el Estado en la garantía de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Es allí donde estos actores tienen más oportunidades para articular sus esfuerzos y concretar vínculos para protegerlos integralmente. Adicionalmente, debe recordarse que en la medida en que se acerca la instancia en donde deben resolverse los conflictos al lugar donde habitan las personas, se aumentan las posibilidades para que estas puedan acceder efectivamente a la Justicia y lograr resolver sus problemas.

Para una mejor comprensión, debemos dejar claro ¿que es la Descentralización?, por lo que desde el punto vista del derecho administrativo, se debe entender que la descentralización administrativa “abarca todas las etapas del proceso mediante el cual se retiran poderes de administración de la autoridad central, para distribuirlos en múltiples organismos que adquieren así capacidad de autodeterminación mas o menos amplia”¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Manual Elemental de Derecho Administrativo, Dr. Armando Rizo Oyanguren Profesor Titulado de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNAN León.

En ese proceso de "descentralización" hay grados que van entre las situaciones de mínima y de máxima descentralización, que difieren notoriamente y se pasa insensiblemente de unas a otras.

En términos generales la descentralización consiste en confiar la realización de algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la Administración central una relación que no es la de jerarquía, por medio del cual se organiza a la administración pública, mediante la creación de entes públicos por el legislador, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propio, y responsables de una actividad específica de interés público.

A través de esta forma de organización y acción administrativas, que es la descentralización administrativa, se atienden fundamentalmente servicios públicos específicos.

Es por ello que más adelante se presentara un cuadro comparativo de las principales entidades Administrativas, en cargadas de velar por la protección de la niñez y adolescencia de nuestro país, a través de las diferentes políticas que serán implementadas por el Estado.

5.5.3 Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia.

El Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, en adelante "CONNA", es una institución con personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y autonomía en lo técnico, financiero y administrativo, la cual se relacionará y coordinará con los demás Órganos del Estado por medio del Ministerio de Educación.

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

5.5.4 Comités Locales de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia.

Los Comités Locales de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia, en adelante “Comités Locales”, son órganos administrativos municipales, cuyas funciones primordiales son desarrollar políticas y planes locales en materia de derechos de la niñez y de la adolescencia, así como velar por la garantía de los derechos colectivos de todas las niñas, niños y adolescentes.

En todos los municipios se deberán formar Comités Locales, de conformidad con los reglamentos, acuerdos y demás instrumentos jurídicos correspondientes.

El CONNA y las municipalidades, de manera coordinada y de acuerdo a sus capacidades y necesidades, apoyarán financiera y técnicamente, la creación y funcionamiento de los Comités Locales.

NIVEL NACIONAL (Art. 134)	NIVEL MUNICIPAL (Art. 153)
Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (CONNA)	Comités Locales de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Uno solo con sede en San Salvador ➤ Naturaleza administrativa con personalidad Jurídica y patrimonio propio ➤ Tiene autonomía técnica, financiera y administrativa. ➤ Se relacionará y coordinará con los demás órganos del Estado por medio del Ministerio de Educación 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Todos los municipios deberán formar sus respectivos C.L. ➤ Naturaleza, es un Órgano Administrativo Municipal ➤ Naturaleza, es un Órgano Administrativo Municipal ➤ Carácter deliberativo y paritario ➤ Creado por los gobiernos locales

1. **Comentario.** Aquí se puede visualizar la sedes, naturaleza Administrativa, que corresponde a cada una de la instituciones.

CONSEJO NACIONAL	COMITÉS LOCALES
Competencias Fundamentales (Art. 135 LEPINA)	Competencias Fundamentales (Art. 155 LEPINA)
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Diseñar, consultar, aprobar, modificar, evaluar y difundir la PNPNA ➤ Vigilar y asegurar la coherencia de las distintas políticas, decisiones públicas y de la PNPNA ➤ Evaluar anualmente la inversión social y las prioridades de inversión en el presupuesto de ingresos y egresos de la administración pública y emitir la recomendaciones necesarias que señalen pautas y buenas prácticas para el efectivo cumplimiento y pleno goce de los derechos de NNA 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Implementar y difundir la PNPNA. ➤ Establecer lineamientos técnicos complementarios a los fijados por el CONNA para la aplicación de la PNPNA en la localidad ➤ Proponer las políticas locales en materia de derechos de la niñez y de la adolescencia ➤ Evaluar la implementación de las políticas locales en materia de protección de NNA ➤ Vigilar la coherencia de las políticas y decisiones y acciones públicas frente al PNPNA y emitir la

<ul style="list-style-type: none"> ➤ Planificar y Coordinar la implementación y funcionamiento del Sistema de Protección. ➤ Promover la acción de protección en caso de violación o amenaza a los derechos colectivos y difusos de NNA ➤ Denunciar ante los órganos competentes las acciones u omisiones de servicios públicos que amenacen o violen los derechos de NNA. ➤ Promover procesos constitucionales y contencioso administrativo cuando determinadas normas, actuaciones u omisiones vulneren los derechos de la niñez ➤ Promover procesos constitucionales y contencioso administrativo cuando determinadas normas, actuaciones u omisiones vulneren los derechos de la niñez 	<p>recomendaciones procedentes</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Vigilar la calidad de los servicios públicos que se presten a NNA en el municipio. ➤ Denunciar ante los órganos competentes las amenazas y violaciones a los derechos de NNA cometidas por las entidades de atención y asociaciones de promoción y asistencia de la niñez y adolescencia ➤ Promover la acción de protección en caso de amenazas o violaciones contra los derechos colectivos y difusos de NNA en el ámbito local ➤ Difundir y promover el conocimiento de los derechos de NNA
---	---

2. **Comentario.** Como se puede ver en este cuadro, se presentan las competencias que tendrán los diferentes organismos y las funciones que les corresponde cumplir.

5.5.5 Juntas de Protección de la Niñez y de la Adolescencia

Las Juntas de Protección de la Niñez y de la Adolescencia, en adelante “Juntas de Protección”, son dependencias administrativas departamentales del CONNA, con autonomía técnica, cuya función primordial es la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, en el ámbito local.

El CONNA debe crear, organizar, mantener y financiar, al menos una Junta de Protección por Departamento. Además, elaborará y aprobará las normas internas y de funcionamiento de cada una de las Juntas de Protección que cree.

Según las necesidades, el CONNA podrá crear nuevas Juntas de Protección o aumentar el número de integrantes de las ya existentes.

Las Juntas de Protección tendrán las siguientes atribuciones:

- a) Conocer en su ámbito de competencia, de oficio o a petición de parte, de las amenazas o violaciones individualizadas de los derechos de las niñas, niño y adolescente;
- b) Dictar y velar por la aplicación de las medidas administrativas de protección que sean necesarias para proteger los derechos amenazados o violados;
- c) Registrar las medidas de protección dictadas;
- d) Aplicar las sanciones respectivas, según sus competencias;
- e) Requerir de las entidades de atención, Comités Locales u otros actores sociales según corresponda, la realización de las actuaciones necesarias para la garantía de los derechos de las niñas, niños, adolescentes o sus familias, o la inclusión de éstos en los programas que implementen;
- f) Acudir al tribunal competente en los casos de incumplimiento de sus decisiones para que éste las haga ejecutar;

- g) Requerir a cualquier autoridad la información y documentación de carácter público necesaria para el cumplimiento de sus funciones;
- h) Requerir a la autoridad competente, la extensión gratuita de las certificaciones de partidas de nacimiento, defunción o documentos de identidad de niñas, niños y adolescentes que así lo requieran;
- i) Denunciar ante las autoridades competentes las infracciones administrativas y penales de las que tenga conocimiento cometidos en contra de niñas, niños y adolescentes, y cuya atención no sean de su competencia; y,
- j) Las demás que le señalen las leyes.

Además, la Junta de Protección recibirá las denuncias sobre violaciones o amenazas de los intereses colectivos y difusos de las niñas, niños o adolescentes, debiendo comunicar inmediatamente al Comité Local de la información recabada, para que proceda conforme lo dispone la presente Ley. En todo caso, cuando la Junta de Protección identifique la existencia de una posible violación o amenaza de los intereses colectivos y difusos, remitirá al Comité Local las diligencias e investigaciones que hubiese practicado.

5.5.6 Red de Atención Compartida.

La Red de Atención Compartida es el conjunto coordinado de entidades de atención; sus miembros tienen por funciones principales la protección, atención, defensa, estudio, promoción y difusión de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, las cuales deben actuar conforme a la presente

Ley y en todo caso, en atención a los principios de legalidad e interés superior.

Los miembros de la Red de Atención Compartida participan en la ejecución de la PNPNA, las políticas locales y en los casos autorizados por esta Ley, la ejecución de las medidas de protección.

Las entidades de atención integradas en la Red de Atención Compartida deberán coordinar sus programas, servicios y actividades para garantizar la mejor cobertura nacional y local, evitar la duplicación de esfuerzos y servir de manera eficaz y eficiente a la protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia.

El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia coordinará y supervisará la actuación de los miembros de la Red de Atención Compartida. Los medios y procedimientos de coordinación serán regulados en un reglamento especial que aprobará el CONNA.

El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia podrá formular las recomendaciones que considere oportunas para que las entidades de atención integradas en la Red de Atención Compartida adecúen sus actuaciones a las disposiciones de esta Ley y de la PNPNA. Asimismo, podrá ejecutar programas y proyectos de cooperación técnica y financiera conjuntamente con las entidades de atención.

Las entidades de atención integradas en la Red de Atención Compartida podrán ser de naturaleza privada, pública o mixta, y estar constituidas mediante cualquier forma de organización autorizada por el ordenamiento jurídico salvadoreño.

Las Asociaciones de Promoción y Asistencia de la Niñez y Adolescencia, las cuales también son entidades de atención, estarán integradas a la Red de Atención Compartida pero su registro y autorización se sujetará a requisitos especiales.

La función que realizan las entidades de atención es de carácter público y está sujeta a la acreditación, autorización y supervisión estatal.

5.5.7 Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez Y la Adolescencia.

Por lo que para el cumplimiento de sus funciones, el ISNA será una institución oficial, con personalidad jurídica de derecho público y autonomía en lo técnico, financiero y administrativo, la cual tendrá una relación con los demás Órganos del Estado por medio del Ministerio de Educación. Es por ello que el ISNA deberá actuar conforme a las directrices de la PNPNA, a la que adecuará sus programas y servicios.

En lo que se refiera a los procedimientos administrativos ya iniciados ante el ISNA al momento de entrar en vigencia esta Ley LEPINA, se estableció conforme al artículo 252, de esta nueva ley que los casos que se encontraran en la fase de proceso, seguirán tramitándose hasta su terminación de conformidad a lo establecido en la Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, que se deroga por el presente Decreto.

En este sentido todos los contratos y convenios suscritos con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley y las demás obligaciones asumidas, se

mantendrán hasta la finalización del plazo estipulado en cada uno de ellos, salvo que las partes decidan darlos por terminado anticipadamente de conformidad a las cláusulas contenidas en los mismos.

En cuanto al personal nombrado por Ley de Salarios o que labore bajo régimen de contrato, continuará formando parte del personal del ISNA todo ello con base al artículo 252 LEPINA.

En cuanto a las nuevas competencias que le han sido asignadas al ISNA, podemos mencionar:

Que todo programa en materia de niñez y adolescencia deberá ser acreditado ante el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, para lo cual deberá acreditarse la adecuación correspondiente en los términos planteados en el inciso anterior. De igual manera, todos los programas estarán sujetos a la supervisión y coordinación. (Artículo 118).

Cuando se trate de las medidas de protección especialmente al referirnos al acogimiento de emergencia, debemos tener muy claro que nos estamos refiriendo a una medida excepcional y provisional, emitida en situaciones de extrema urgencia o necesidad en favor de una niña, niño o adolescente, que puede consistir en la separación de su entorno familiar, y por la cual se confía su cuidado a personas idóneas con las cuales le unen vínculos de parentesco o al Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, como forma de transición a otra medida administrativa o judicial de protección. Esto tiene su fundamento en el Artículo 123 LEPINA. El "ISNA" será quien supervisara a las familias sustitutas cuando esta soliciten la adopción de la niña, niño o adolescente acogido en el seno de la misma, siempre y cuando se reúnan los requisitos para su adopción,

tomando en cuenta el tiempo que estos hayan convivido con la familia sustituta por lo que se tomará en cuenta para la contabilización del plazo establecido en el artículo 176 del Código de Familia, y con forme a lo que establece el artículo 126 LEPINA.

De igual manera el “ISNA” coordinará y supervisará la actuación de los miembros de la Red de Atención Compartida. Los medios y procedimientos de coordinación serán regulados en un reglamento especial que aprobará el CONNA. Esto con base al artículo 170 LEPINA.

El “ISNA”, podrá formular las recomendaciones que considere oportunas para que las entidades de atención integradas en la Red de Atención Compartida adecúen sus actuaciones a las disposiciones de la LEPINA y de igual manera a las PNPNA. Asimismo, podrá ejecutar programas y proyectos de cooperación técnica y financiera conjuntamente con las entidades de atención, artículo 170 LEPINA.

Algo muy importante de mencionar es que las entidades de atención, remitirán al “ISNA”, un informe anual sobre la ejecución de sus programas, en el cual se relacionará como mínimo, las personas responsables, los recursos invertidos, las necesidades detectadas y la indicación de sus beneficiarios, artículo 176 LEPINA, de igual manera lo harán cuando los programas cuyo plazo de ejecución sea inferior a un año, las entidades de atención responsable deberán remitir un informe final de ejecución al dicha institución.

En síntesis podemos decir que El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia supervisará como mínimo trimestralmente la actuación y el funcionamiento de los programas de las

entidades de atención; especialmente verificara la situación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren sometidos a medidas de acogimiento. (Artículo 178), y para un mayor control, el CONNA supervisará el cumplimiento efectivo de las competencias conferidas por la LEPINA, al ISNA.

5.5.8 Asociaciones de Promoción y Asistencia a los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Las Asociaciones de Promoción y Asistencia a los Derechos de la Niñez y Adolescencia, en adelante “Asociaciones de Promoción y Asistencia”, son formas de organización legalmente constituidas para la protección local de los derechos de la niñez y de la adolescencia e integradas en la Red de Atención Compartida.

Las Asociaciones de Promoción y Asistencia de acuerdo a lo que establece esta nueva legislación establece que dichas instituciones podrá ser públicas o privadas según sean organizadas por los municipios o por la sociedad y podrán estar integradas, además de los defensores, por cualquier persona que desee participar en la protección y apoyo de los derechos de la niñez y de la adolescencia.

En cuanto a los requisitos para el registro de las Asociaciones de Promoción y Asistencia, deberán cumplirse los requisitos que se establecen en el artículo 196 de la LEPINA.

Entre las funciones principales de esta institución posee que precisamente cuando por disposición legal, la representación de una niña, niño o

adolescente, no corresponda al Procurador General de la República, las Asociaciones de Promoción y Asistencia podrán contratar los servicios de abogados, para brindar asesoría jurídica y representar judicialmente a las niñas, niños y adolescentes, cuando resulte necesario, en este sentido las asociaciones procurarán que los abogados que contrate posean conocimientos en Derechos de la Niñez y de la Adolescencia.

En este sentido todos los servicios que sea prestado por esta institución deberán ser gratuitos y quien incumpla esta mandato perderá su registro y por ende las facultades otorgadas, esto con base al artículo 197 LEPINA, y por ende se debe tener confidencialidad en la medida en que su quebrantamiento signifique una afectación del interés superior de la niña, niño o adolescente atendido.

5.5.9 Régimen de Infracciones

De acuerdo a lo que se encuentra establecido en la Ley de Protección de la Niñez y la Adolescencia se puede ver la clasificación en las infracciones entre las que podemos mencionar:

1- Infracciones Leves, y;

2- Infracciones Graves

En el caso de las infracciones leves se establece que se podrán aplicar amonestación escrita o multa que asilarán de quince a treinta salarios mínimos mensuales urbanos de la industria.

En el caso de las infracciones graves podrá aplicarse multa de treinta a cincuenta salarios mínimos urbanos de la industria y suspensión de la

actividad lesiva y, cuando se trate de una infracción cometida por las entidades de atención, podrá ordenarse la cancelación del registro de los programas o de la institución en la Dirección Ejecutiva.

Las sanciones antes mencionadas serán impuestas de acuerdo a los parámetros siguientes:

- a) capacidad económica del infractor,
- b) la gravedad de la infracción,
- c) el daño causado, la duración de la violación,
- d) la reincidencia o reiteración, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere derivarse en caso que la infracción sea constitutiva de ilícito penal.

A continuación se presente un cuadro comparativo de las infracción y faltas mas importantes o de mayor interés para que los derechos de la niñez salvadoreña no se le vulneren su derechos humanos.

Infracciones leves	Faltas graves
<p>1-Cuando el profesional médico omite solicitar la autorización a la madre, padre, representante o responsable, en aquellos casos en que la hospitalización o intervención médica quirúrgica.</p> <p>2-Cobrar por los servicios de salud en el sistema público de salud.</p> <p>3-Negar a la madre, padre,</p>	<p>1.-Omitir la denuncia de cualquier tipo de actividad que atente contra la vida, dignidad o integridad física, psíquica o moral</p> <p>2- Omitir o alterar el registro y la ficha médica de los nacimientos que se produzcan en las instituciones hospitalarias y puestos de salud pública.</p> <p>3- Omitir informar del nacimiento de la hija o hijo, tratándose de la madre o el</p>

<p>representante o responsable una constancia del registro y la ficha médica de nacimiento del recién nacido.</p> <p>4-Cuando las Unidades de Salud, omitan informar al Registro del Estado Familiar de la localidad o cuando las parteras que hubiesen asistido durante un parto, omitan informar de tal hecho, en los noventa días siguientes al nacimiento, a la unidad de salud pública de la localidad.</p> <p>5- Intervenir la correspondencia y todo tipo de comunicación, telefónica o electrónica.</p> <p>6-Divulgar, exponer o utilizar la imagen de niñas, niños y adolescentes en contra de su voluntad y sin el conocimiento o aprobación de su madre, padre, representante o responsable.</p> <p>7-Comercializar entre niñas, niños y adolescentes productos con etiquetados que contengan imágenes, textos o mensajes inadecuados o nocivos para su desarrollo.</p> <p>8- Violar o amenazar el derecho a manifestación, reunión, asociación de las niñas, niños y adolescentes.</p>	<p>padre, después de haber sido amonestados por escrito por tercera vez por esa misma razón.</p> <p>4- Usar productos químicos, psicotrópicos y otras sustancias de las familias de las anfetaminas que tengan por efecto la alteración de los estados anímicos de las niñas, niños y adolescentes.</p> <p>5- No prestar o facilitar de manera oportuna los servicios de atención en salud a las niñas, niños y adolescentes que, estando bajo la protección de los miembros de la Red de Atención Compartida,</p> <p>6-Negar las instituciones hospitalarias y el profesional médico la atención correspondiente cuando una niña, niño o adolescente deba ser intervenido quirúrgicamente u hospitalizado de emergencia por hallarse en peligro inminente de muerte o de sufrir daños irreparables en su salud.</p> <p>7-Vender a niñas, niños y adolescentes sustancias estupefacientes y psicotrópicas, bebidas alcohólicas, pegamentos industriales, tabaco y otras que puedan producir adicción.</p> <p>8-Recluir o internar a niñas, niños o adolescentes en centros de detención policial o penitenciaria de adultos</p>
--	---

5.5. 10 Procedimiento Administrativo.

Según las disposiciones de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en los artículos 203 a 213 se desarrolla de la siguiente manera:

1. Para conocer de este proceso es competente según el artículo 161 literal a y b de la LEPINA las Juntas de Protección de la Niñez y Adolescencia.
2. El procedimiento se inicia por aviso o por denuncia presentada ante la autoridad competente, y se tramitara de forma oficiosa (artículo 205 LEPINA).
 - a. POR AVISO, art. 206 LEPINA: Cualquier persona que tuviere noticia de haberse cometido una infracción podrá dar aviso a la autoridad competente o a la Policía Nacional Civil, la cual informará de su recibo a aquella dentro de un plazo máximo de ocho horas. El aviso podrá ser verbal o escrito. Si fuere verbal, se hará constar en acta la cual deberá contener una relación sucinta de los hechos, debiendo ser firmada por el avisante y la autoridad que la recibe.
 - b. POR DENUNCIA, art. 207 LEPINA: La denuncia deberá relacionar en la medida de lo posible:
 - a) La identificación del denunciante y la calidad en la que denuncia;
 - b) La identificación de la niña, niño o adolescente cuyos derechos hayan sido vulnerados o se encuentren amenazados;
 - c) La identificación de la persona o personas denunciadas a quien se atribuya la vulneración o amenaza de los derechos e indicación del lugar donde puedan ser citadas;

- d)** La descripción de los hechos que permitan establecer la vulneración o amenaza a los derechos de la niña, niño o adolescente;
- e)** Los elementos de prueba de las infracciones alegadas o el lugar donde aquéllos se encuentren; y,
- f)** La designación del lugar donde pueda ser notificado. Cuando la denuncia se presente de forma oral, la autoridad competente levantará un acta en que se consigne la información anterior y que deberá ser firmada por el denunciante.

3. Interpuesto el aviso o la denuncia, en el plazo de tres días, la autoridad competente ordenará la apertura o, en su caso, declarará la improcedencia de las peticiones. Igualmente, cuando el procedimiento inicie de oficio deberá fijarse el objeto del mismo. En todo caso, deberá dictarse auto motivado, el cual contendrá según corresponda, una relación de los siguientes elementos (artículo 208 LEPINA):

- a)** La identificación del denunciante, el infractor y la niña, niño o adolescente de cuyos derechos se trate;
- b)** La descripción de los hechos y calificación de la infracción correspondiente;
- c)** Los elementos probatorios ofrecidos por el denunciante o aquéllos con que cuente la autoridad competente, en el caso de inicio oficioso o de aviso;
- d)** La parte dispositiva con indicación de las normas en que se fundamente; y,
- e)** La fecha y la hora para la celebración de la audiencia inicial. El auto de apertura deberá notificarse a los interesados dentro de las veinticuatro horas siguientes de haber sido proveído y, en todo caso,

al supuesto infractor, deberá pronunciarse sobre los hechos e infracciones alegadas en el término de tres días contados a partir del siguiente al de la notificación y ofrecer la prueba de descargo que estime conveniente. Con la respuesta o sin ella, la autoridad competente resolverá lo que corresponda, imponiendo la sanción respectiva o exonerando al presunto infractor, a menos que haya sido ofrecida prueba que deba ser inmediata en la realización de la audiencia única.

4. AUDIENCIA UNICA, art. 209 LEPINA: La fecha de la audiencia única deberá fijarse dentro de los tres días hábiles siguientes a la presentación de la prueba que deba ser inmediata, y se desarrollará en el lugar señalado. La autoridad competente fijará los hechos, sobre los que se discutirá, a efecto que las partes se pronuncien sobre los mismos. Los hechos fijados podrán ser reformados o ampliados, si con posterioridad a la denuncia se conocieren o surgieren nuevas circunstancias que los modifiquen, esto podrá dar lugar a la suspensión de la audiencia única, la cual se deberá reanudar dentro de los tres días hábiles subsiguientes a la de la suspensión. Cuando el adolescente al que se le hubiere dañado o amenazado sus derechos esté presente, deberá escuchársele; de igual manera, se oirá a la niña o niño cuando su madurez lo permita. La autoridad competente tomará todas las medidas necesarias para garantizar que ellos expresen su opinión libremente, de conformidad al derecho que les confiere la presente Ley a las niñas, niños y adolescentes a opinar y ser oídos, pudiéndose auxiliar de los mecanismos de recepción que eliminen o minimicen los procesos de revictimización. En el desarrollo de la audiencia, se aportarán las pruebas y el denunciante y el presunto infractor, podrán formular los alegatos del caso. Durante la audiencia única, la autoridad competente podrá ordenar para

mejor proveer, la práctica de diligencias tales como inspecciones, visitas y otras que considere necesarias para el esclarecimiento de las infracciones alegadas, pudiendo ser suspendida por una sola vez. Al término de la audiencia única, la autoridad competente pronunciará la resolución definitiva, la cual deberá encontrarse debidamente motivada, y en ella la autoridad competente podrá:

a) Adoptar la medida administrativa de protección pertinente y según el caso, aplicar la sanción que corresponda; o,

b) Declarar que no existe responsabilidad alguna para el encausado. La resolución definitiva quedará notificada con su lectura integral y los interesados recibirán copia de ella. A los que no estuvieren presentes, se les notificará conforme las reglas del proceso civil, penal o de familia según corresponda.

5. LA PRUEBA (artículo 210 LEPINA): En el procedimiento administrativo rige el principio de libertad probatoria. La prueba vertida se ponderará de conformidad con las reglas de la sana crítica.
6. RECURSO DE REVISION (artículo 211 LEPINA): La resolución definitiva o cualquier otra que ponga fin al procedimiento administrativo admitirá el recurso de revisión ante la autoridad que la dictó. El plazo para interponer dicho recurso será de tres días hábiles contados a partir de la respectiva notificación. El recurso será resuelto por la autoridad competente, con sólo la vista de autos, en el plazo máximo de diez días hábiles.
7. CONTROL JUDICIAL (artículo 212 LEPINA): Resuelto el recurso de revisión, el afectado podrá someter a control judicial las decisiones adoptadas por la autoridad competente así:

- a) Las sanciones podrán impugnarse mediante el proceso contencioso administrativo ante la Sala de la Corte Suprema de Justicia competente; y,
- b) Las medidas de protección mediante el trámite correspondiente ante el juez competente.

En el procedimiento administrativo se actuará con respeto a los derechos fundamentales y de acuerdo al régimen de garantías establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en El Salvador. En todo lo no previsto en este Capítulo se aplicarán supletoriamente las reglas del proceso civil, penal o de familia según corresponda.

En conclusión el procedimiento administrativo se realiza de la siguiente manera (Anexo Numero 1)

5.6. Innovaciones que presenta la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en su Libro III.

5.6.1 Administración de Justicia.

El Libro Tercero de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia esta dedicado a la Administración de la Justicia, por lo que podemos comenzar diciendo que una de las principales innovaciones que incorpora esta ley es la creación de los Juzgados Especializados y Cámaras Especializadas de Niñez y Adolescencia, artículo 214 LEPINA, quienes tendrán la obligación de cumplir y hacer cumplir, los mandatos Constitucionales, las disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño y como rol fundamental darle fiel cumplimiento a todo el marco jurídico

de la LEPINA, por lo que según en su artículo 215 inc. 3 ninguna autoridad judicial podrá invocar la falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para soslayar ni justificar la violación o amenaza de los derechos de las niñas, niños y adolescente.

Algo muy importante de mencionar es que estos tribunales de la República serán competentes solamente para conocer de los procesos regulados por esta Ley, y a ellos estarán sometidos los niños, niñas y adolescentes, nacionales y extranjeros artículo 6, por lo que su competencia se extenderá a los supuestos siguientes; “a) Cuando las niñas/os, y adolescentes residan en El Salvador, independientemente de su nacionalidad, b) Cuando las partes se hubieren sometido expresamente a los tribunales nacionales, c) Cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, tuviere domicilio o residencia en el país, d) Cuando la obligación de que se trate deba ser cumplida en El Salvador, e) Cuando la pretensión se fundamente en un hecho, acto o negocio jurídico celebrado con efectos en el territorio nacional”¹⁶⁶, y el juez que será competente para conocer de las pretensiones relativas a la protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia serán: a) El juez del domicilio o lugar de residencia de la niña, niño o adolescente afectado, b) El juez del lugar donde se amenacen o se haya producido la violación, por acción u omisión, de tales derechos, y c) El juez del domicilio o lugar de residencia de la autoridad, funcionario o particular a quien se atribuya la respectiva amenaza o violación.

Por lo que se logra identificar que esta ley orienta de una forma específica para determinar la competencia de dichos tribunales.

¹⁶⁶ Óp. Cit. artículo 217. LEPINA

5.6.2 Partes que Intervienen en el Proceso.

Otra de las innovaciones que es implementada por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, es que precisamente reconoce a las niñez y adolescencia como verdaderos sujetos plenos de derecho como anteriormente se ha manifestado, producto de la aplicación de esta doctrina se les reconoce la capacidad jurídica procesal, en el cual se establece que: “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. Por lo 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. 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”¹⁶⁷.

En este sentido podemos decir que conforme a esta ley están legitimados para ejercer la Acción de Protección con forme a los artículo. 218 y 219 de la LEPINA.

- La niña, niño o adolescente cuyos derechos han sido amenazados o vulnerados;

¹⁶⁷ Óp. Cit. artículo 218. LEPINA

- La madre, padre u otro representante legalmente facultado de la niña, niño o adolescente afectado, así como sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- El Procurador General de la República; y,
- El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.
- Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia
- Comité Local de Derechos de la Niñez y Adolescencia
- Organizaciones sociales legalmente constituidas que tengan por objeto o finalidad la protección de intereses difusos y colectivos relacionados con la niñez y adolescencia.

5.6.3 Principios Rectores de la Actividad Procesal.

Para que las partes intervinientes en cada uno de los procesos puedan obtener una pronta y cumplida justicia, se establece que en la sustanciación y resolución de las pretensiones y oposiciones deducidas con base en esta Ley, que los jueces como concedores del Derecho deberán tener presente que los siguientes principios se cumplan: legalidad, contradicción, igualdad, dispositivo, oralidad, intermediación, concentración, publicidad y gratuidad, todo esto según el artículo 221 de la LEPINA.

5.6.3.1 Principio de Legalidad.

“Es el principio que excluye la posibilidad de que las partes convengan libremente los requisitos de forma, tiempo y lugar a que han de hallarse sujetos los actos procesales, pues tales requisitos se encuentran predeterminados por la ley”¹⁶⁸.

5.6.3.2 Principio de Contradicción.

Este principio, llamado también de bilateralidad o de controversia, deriva de la cláusula constitucional que consagra la inviolabilidad de la defensa enjuicio de la persona y de los derechos. En términos generales, “implica la prohibición de que los jueces dicten alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella. Es sobre esa idea fundamental que las leyes procesales estructuran los denominados actos de transmisión o comunicación, como son los traslados, las vistas y las notificaciones”¹⁶⁹.

5.6.3.3 Principio de Igualdad.

Este principio hace referencia a la Igualdad de partes, para que puedan obtener un proceso justo, “en el cual se cubren plenamente todas y cada una de las garantías constitucionales que el ordenamiento jurídico establece en

¹⁶⁸ Óp. Cit, Manual de Derecho Procesal Civil. Pag. 74

¹⁶⁹ Ibídem. Pag. 66

resguardo de los sujetos de derecho que concurren al mismo, tiene como uno de sus principales requerimientos, precisamente, al equilibrio que debe asegurarse entre los contendores”; por lo que la igualdad procesal es inseparable del derecho a la defensa, cuya preservación debe sostenerse en todo estado y grado de la causa, pues si el Juez no obra en dirección hacia ese equilibrio, las ventajas concedidas a una de las partes, al mismo tiempo constituirían perjuicios para la otra. El derecho a la defensa, por lo general, se expresa a través de una serie de garantías; los autores difieren en algunas, pero casi todos coinciden en las siguientes: La garantía de petición, que debe asimilarse a las garantías de afirmación y de contradicción; la garantía de prueba y la garantía de recurso. Cada una de ellas, a su vez, puede manifestarse durante la causa de muchas formas¹⁷⁰. Por lo que a través de distintos actos, no sean de algún modo conculcadas, por una parte, u obstruidas con tratos desiguales u oportunidades no comunes; y de eso se trata, de mantener a las partes en el mayor equilibrio, asegurándoles las mismas ocasiones.

5.6.3.4 Principio de Disposición.

Llamase principio dispositivo a “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”¹⁷¹. La vigencia de este principio se manifiesta en los siguientes aspectos: iniciativa,

¹⁷⁰ Picó y Junoy, Joan. “Las Garantías Constitucionales del Proceso”. Bosch, Barcelona, 1997, p 40.

¹⁷¹ Óp. Cit. Manual de Derecho Procesal Civil. Pág. 63

disponibilidad del derecho material, impulso procesal, delimitación del thema decidendum, aportación de los hechos y aportación de la prueba.

5.6.3.5 Principio de Oralidad.

No es en realidad un principio procesal, cuanto un sistema de procedimiento con características muy particulares¹⁷²; de otro canto, al igual que con otros de los componentes de la norma que se analiza, la Constitución ha dispuesto la oralidad como sistema procesal aplicable a todas las competencias.

5.6.3.5 Principio de Inmediación.

Este principio es aquel en el que se “exige el contacto directo y personal del juez o tribunal con las partes y con todo el material del proceso, excluyendo cualquier medio indirecto de conocimiento judicial (escritos, informes de terceros, etc.)”¹⁷³.

5.6.3.6 Principio de Concentración.

En cuanto al principio de Concentración, la primera idea que debe dejarse clara es que tal regla no significa, ni tiene relación, con la supresión de actos procesales; un procedimiento concentrado simplemente se desarrolla bajo una estructura cuya característica preponderante es la reunión de varias etapas o momentos procesales, en un sólo acto que los abraza sin

¹⁷² *Ibidem.* Pag. 73

¹⁷³ *Ibidem.* Pag. 73

suprimirlos, de modo que mientras más etapas y momentos judiciales se concentren en actos únicos, más concentrado será el procedimiento, a la vez que, inversamente, mientras menos etapas y momentos se reúnan en actos procesales únicos, menos concentrado será el procedimiento¹⁷⁴.

Para entender esta noción, bien vale la pena tener presente que el proceso, por lo general, se constituye de varias fases, entre las que comúnmente se cuentan una primera etapa destinada a la presentación de los alegatos y de las defensas de las partes, un segundo momento referido a la demostración de los hechos constitutivos de esos alegatos y defensas, y en último lugar, un fase de decisión; pues bien, cuando esas etapas, fases o momentos del proceso se descomponen en actos separados, específicos, casi siempre vinculados entre sí por medio de un sistema de preclusión, se entiende que el procedimiento está diseñado desconcentradamente; y al contrario, cuando a estas fases se las reúne en actos únicos e integrados, la estructura se corresponde con la de un procedimiento concentrado.

En suma, la concentración procesal busca la consistencia de la causa, su más rápida llegada a la cuestión de fondo y la directa intervención de las partes y del juez, en la búsqueda de una mayor eficiencia y eficacia procesal.

5.6.3.7 Principio de Publicidad.

El principio de publicidad consiste en “la posibilidad de que los actos procesales sean presenciados o conocidos incluso por quienes no participan en el proceso como partes, funcionarios o auxiliares. Este principio ha sido

¹⁷⁴ *Ibidem*. Pag. 74 y 357

adoptado por la mayor parte de las leyes procesales civiles modernas, y reconoce su fundamento en la conveniencia de acordar a la opinión pública un medio de fiscalizar la conducta de magistrados y litigantes. Por ello, aparte de cumplir una función educativa en tanto facilita la divulgación de las ideas jurídicas, sirve para elevar el grado de confianza de la comunidad en la administración de justicia”¹⁷⁵.

5.6.3.8 Principio de Gratuidad.

Sobre este principio no hace falta ahondar en mayores comentarios, pues el mismo reviste carácter incluso constitucional y “consiste en la reafirmación de la naturaleza pública del proceso como institución, el mismo está adherido al principio de la tutela judicial efectiva, concepto envolvente que incluye como primer elemento a la facilidades de acceso a los jurisdiccionales, a la simplicidad de los trámites como segundo componente, a la necesidad de ofrecer decisiones congruentes y motivadas como tercer rubro y a permitir la libre recurribilidad de los fallos como último módulo”¹⁷⁶; pues bien, la gratuidad juega un papel importante sobre todo en los dos primeros componentes y de allí su relación con el principio de plena tutela ya mencionado.

¹⁷⁵ *Ibidem*. Pag. 69

¹⁷⁶ En Venezuela esta es la solución que ha adoptado el COPP, la LOPNA y es la que se propone en el proyecto de Ley Orgánica Procesal del Trabajo

5.6.3.9 Principio de Inmediación.

Distinto a lo que algunos autores señalan, “se trata de una regla técnico jurídica, de estricta naturaleza procesal, según la que se exige, en cualquier caso, que el juez a quien corresponda sentenciar la causa ha de ser el mismo juez que presenció el debate probatorio”¹⁷⁷.

Esto es lo que debe entenderse por inmediación y no aquella suerte de irreal cercanía entre el Juez y las partes, desde el mismo inicio de la causa y a lo largo de todo el proceso, como si se tratara de un contralor de cada actuación de las partes, incluso la presentación de la demanda y cualquier otra de mero impulso; por ello, la violación a este principio ocurre cuando el Juez que pronuncia la decisión no ha tenido la oportunidad de presenciar y dirigir la audiencia en la que se desarrolla todo el trámite de recepción de la prueba, de incorporación de los medios probatorios a la causa, así como de control y contradicción recíproco entre las partes del juicio, al punto que si el Juez dicta la sentencia sin haber presenciado el debate probatorio, el fallo ha de ser considerado irremediabilmente nulo¹⁷⁸.

5.6.4 Adopción de medidas cautelares y de protección.

Según el artículo 222 de la LEPINA “En los procesos tramitados con base en esta Ley, cuando las circunstancias del caso lo ameriten, el juez decretará de manera razonada y prioritaria las medidas cautelares y de protección que resulten necesarias para asegurar la eficacia de su fallo, la garantía de los derechos en litigio o la salvaguarda de los derechos de las niñas, niños o

¹⁷⁷ Óp. Cit. Manual de Derecho Procesal Civil, Pag. 74

¹⁷⁸ Óp. Cit. En Venezuela esta es la solución que ha adoptado el COPP.

adolescentes, cuando exista una amenaza grave e inminente sobre ellos y suficientes elementos de juicio para presumirla”. Teniendo esta facultad los jueces especializados, resulta necesario comprender cual es la diferencia que existe entre Medida Cautelar y Medida de Protección.

En la doctrina moderna existen diversas definiciones de medidas cautelares, de las cuales tomamos en consideración las siguientes:

Según Guillermo Cabanellas se definen como: “El conjunto de disposiciones tendientes a mantener una situación jurídica o asegurar una expectativa o derecho futuro”; También se puede decir que “Aparecen como medios jurídicos procesales que tienen por función evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretencion”¹⁷⁹

Aunque generalmente se le logra definir como “Aquella medidas de carácter jurisdiccional, provisorias, dirigidas a proteger a los miembros de la familia, cuyo objetivo principal es garantizar los resultados del proceso, para evitar que causen daños graves o de difícil reparación a las partes involucradas en los conflictos de familia, antes de pronunciarse la sentencia definitiva y para asegurar provisionalmente sus efectos”. Artículo 76 del Código Procesal de Familia.

La Ley Procesal de Familia en el artículo 75 inc. 2 establece que las medidas cautelares como un acto previo y por regla general solo se decretan a petición de parte, bajo la responsabilidad del solicitante y cesaran de pleno derecho. Según nuestra opinión deben de entenderse como medios o instrumentos, que otorga la ley y que decreta el juez para asegurar antes, durante o después de la demanda, los efectos del proceso, en caso que se obtenga un fallo favorable a la pretencion del solicitante, recayendo dicho

¹⁷⁹ Ramos Ortell, El embargo preventivo, Barcelona, Bosch, 1984.

aseguramiento en la persona o sus bienes, manteniendo situaciones de hecho ante el peligro, en la demora del trámite procedimental.

La finalidad de las medidas cautelares es la de asegurar anticipadamente una situación determinada, garantizando, que la norma jurídica individualizada que vincula a las partes en litigio, surta plenos efectos, logrando el respeto a la legalidad y mediante la tutela anticipada, se logra la paz social; de ahí se da la finalidad de las medidas cautelares

En cambio por Medidas de Protección debemos de entenderlas como: “El conjunto de disposiciones tendientes a mantener una situación jurídica o asegurar una expectativa o derechos futuro¹⁸⁰. Es decir este tipo de medida tiende a proteger no el patrimonio, como lo hace las medidas cautelares, sino que son aquellas medidas esencialmente de carácter personal, por lo que protegen a las personas. Por lo que se afirma que toda medida de protección es una medida cautelar, pero no toda medida cautelar es una medida de protección, debido a que las medidas de protección son un tipo de medida cautelar con la diferencia de que de que estas son de carácter personal, no como las otras que son de carácter patrimonial.

Así existen en nuestra legislación de familia una gran variedad de medidas cautelares en la especie de protección de personas distintas a las ya mencionadas medidas cautelares; las medidas de protección están orientadas a la protección de personas, este tipo de medidas son muy amplias, ya que se orientan a limitar la conducta de cualquier miembro de la familia, en virtud de hechos como la violencia familiar, el maltrato o abuso de

¹⁸⁰ La definición se realizó a partir de los conceptos de medida y de protección, que se extrajeron del Diccionario de Osorio los cuales se relacionaron por el grupo al no existir un concepto definido.

menores. En razón de los fines primordiales que persiguen las medidas de protección se hace razonable que la exigencia de formalidades extremas en este tipo de cautelas; por ejemplo el que no se requiera de la escritura pues la mayoría de ellos se decretan con la denuncia de la persona afectada por cualquier hecho. Al decretar este tipo de medidas no atienden a procesos especiales aunque en algunos casos se presentan en forma más evidente, como es el caso del proceso por violencia intrafamiliar.

No se han considerado a las medidas de protección individualmente por que les son aplicables las reglas generales de las medidas cautelares, sólo se han considerado algunos aspectos fundamentales que definen las notas diferenciadoras de este tipo de cautelas.

a) Peligro del daño personal, y

b) La cesación de daño personal.

Lo anterior constituye el fundamento y las causas de las medidas de protección respectivamente; estos no poseen como el fundamento el peligro que acarrea la mora porque la situación concreta, no se trata de asegurar provisionalmente los efectos de la sentencia, sino evitar que se produzcan daños irreparables o de difícil reparación a los miembros de la familia sea este daño físico o psicológico. En consecuencia, el peligro de la mora en la tramitación del juicio principal no representa un fundamento válido de este tipo de cautelas, que imponen la observancia de una conducta específica obligando al destinatario de la medida a realizar una acción o una abstención en beneficio de la familia tutelando un derecho reconocido en la ley. Con la medida de protección se actúa en forma rápida y eficaz, el proceso cautelar es proceso garantizador de efectos favorables se produce inmediatamente,

por la misma naturaleza del derecho protegido que en muchas ocasiones consiste en el derecho a la vida y la dignidad física o moral.

Las medidas de protección tienen su asidero en la Constitución en el Art. 32 y siguiente, siendo las medidas de protección un factor desarrollador de los principios constitucionales sobre la protección de la familia en general. El Artículo 75 Pr. F. establece la potestad de solicitar medidas cautelares como acto previo a la demanda, dicha disposición jurídica no se distingue si se refiere a medidas cautelares o de protección de tipo patrimonial o personal. Para el caso lo que interesa analizar es lo concerniente al plazo de caducidad de las cautelas por no interponerse la demanda dentro de los diez días siguientes hábiles a la ejecución de la medida. El plazo de caducidad de las medidas cautelares, cuando han sido solicitadas y decretadas como acto previo a la demanda, sólo es admisible para las cautelas de tipo patrimonial, no para las cautelas de carácter personal u orden de protección, cuando al juez le solicitan medidas de protección, tendientes a proteger a algún miembro de la familia, el juez, sin eximir todos los requisitos de la procedencia de la solicitud, deberá dictarlas y ejecutarlas pero jamás podrá establecer plazo de caducidad a las medidas de protección, debiendo declarar inaplicables el Artículo 75 Pr. F. por contrariar preceptos constitucionales, generalmente el Artículo 32 Cn. Que le impone al Estado el deber jurídico de proteger a la familia; al menor, incapaz, y la persona de tercera edad y establecer el plazo de caducidad a la orden de protección y viola nuestra ley fundamental, siendo procedente aplicar el artículo 185 Cn. El cual prescribe: que dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales en los casos que tenga que pronunciar sentencia declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros órganos, contrarié a los preceptos constitucionales. Este control difiere de la constitución tienen aplicación en todas la medidas de protección. Para

el caso lo que el juez debe hacer es presumirle al solicitante de las medidas que formule su correspondiente demanda, debidamente procurada y en caso de inaplicabilidad, librar oficio a la procuraduría general de la república para que se designe a un agente auxiliar que represente al peticionario.

Por lo tanto la LEPINA se refiere de una forma mas clara en el articulo 222, al hacer la diferenciación que existe entre cada una de las medidas que pueden determinar un juez que conozca de una situación en que sea necesario la utilización de una o mas de ellas.

5.6.5 Proceso General de Protección y Proceso Abreviado.

En la LEPINA dentro de la actividad procesal se determinan dos tipos de procesos:

1. Proceso General de Protección, y;
2. Proceso Abreviado.

5.6.5.1 Proceso General de Protección

Para tramitar este proceso se aplican las disposiciones del Código de Familia con las modificaciones que se establecen en los artículos 225 al 229 de la LEPINA. Y estas modificaciones son las siguientes:

El artículo 226 establece cuales son los casos en que procederá este tipo de proceso ante los jueces especializados de la niñez y adolescencia, aclarando que este servirá para satisfacer intereses estrictamente jurídicos de los sujetos legitimados en los siguientes casos:

- a) Cuando las Juntas de Protección se nieguen inicialmente a conocer de las amenazas o violaciones de los derechos individuales de niñas, niños o adolescentes, utilizado el recurso de revisión que prevé la presente Ley;
- b) Cuando las Juntas de Protección hubieran desestimado las denuncias presentadas, agotado el recurso de revisión que prevé la presente Ley;
- c) Cuando las Juntas de Protección sean las responsables de las amenazas o violaciones de tales derechos;
- d) Cuando sea necesaria la adopción del acogimiento familiar o institucional, previa evaluación y solicitud realizada por las Juntas de Protección;
- e) Cuando se pretenda la revisión de la decisión administrativa que afecte el derecho de reunificación familiar de la niña, niño o adolescente; y,
- f) Cuando se promueva la Acción de Protección.

Entendiéndose por Acción de Protección como aquella que tiene como finalidad lograr la tutela judicial de intereses colectivos o difusos de la niñez y adolescencia, mediante la imposición de una determinada prestación o conducta al funcionario, autoridad o particular responsable de su vulneración¹⁸¹.

En el artículo 228 establece que corresponde a cada parte probar los hechos que alegue; no obstante, según las particularidades del caso y por razones

¹⁸¹ Óp. Cit. artículo 227. LEPINA

de habitualidad, especialización u otros motivos, la carga de la prueba podrá corresponderle a la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportar las fuentes de prueba tendientes a esclarecer los hechos controvertidos.

Otras de las modificaciones es que el juez, según el artículo 229, en una sentencia estimatoria, según las circunstancias del caso, se deberá:

- a) Ordenar que cese la amenaza o vulneración del derecho y el restablecimiento del mismo;
- b) Ordenar al infractor que se abstenga de reincidir en su comportamiento;
- c) Ordenar que el grupo familiar o cualesquiera de sus miembros asistan a programas de orientación y apoyo socio-familiar o médicos, si fuere el caso;
- d) Ordenar las medidas necesarias para garantizar el efectivo ejercicio del derecho amenazado o vulnerado;
- e) Librar los oficios correspondientes a las instituciones estatales o entidades de atención que deben cumplir o hacer cumplir las medidas adoptadas para el restablecimiento de los derechos amenazados o vulnerados;
- f) Imponer las sanciones previstas en el Título VI, del Libro II, de la presente Ley, según la gravedad del caso;
- g) Fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que a favor de la niña, niño o adolescente deba pagar el infractor, la cual comprenderá el resarcimiento del daño psicológico y el daño material ocasionados; conforme a la prueba vertida para tales efectos; y,

- h) En caso de intereses colectivos o difusos, el juez determinará específicamente los alcances del fallo y un plazo razonable para su plena ejecución.

A continuación presentamos un esquema para determinar las partes de este proceso: (ANEXO 2)

5.6.5.2 Proceso Abreviado.

El artículo 230 establece cuales son los casos en que procederá este tipo de proceso ante los jueces especializados de la niñez y adolescencia:

- a) La revisión, a instancia de parte, de las medidas administrativas de protección impuestas por las Juntas de Protección;
- b) El cumplimiento de las medidas dictadas por las Juntas de Protección, cuando sus destinatarios se nieguen a acatarlas;
- c) La autorización de la intervención, hospitalización o administración de tratamiento médico para una niña, niño o adolescente, cuando sus padres, representantes o responsables se encuentren ausentes o se opongan a la medida; y,
- d) La autorización para la salida del país de la niña, niño o adolescente, cuando la madre, padre o quien ejerza su representación legal se encuentre ausente o se negare injustificadamente a dar dicha autorización.

Cuando se interponga la demanda ante un juez especializado, según el artículo 231 se realizara el examen inicial en la que el juez resolverá la admisibilidad de la demanda o solicitud, según corresponda, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación.

En el caso de la autorización para la intervención, hospitalización o administración de tratamiento médico para una niña, niño o adolescente el juez deberá pronunciar la resolución correspondiente en un término que no excederá de dos horas.

Si la demanda o solicitud adoleciere de defectos formales subsanables, el juez procederá oficiosamente a subsanarlos (artículo 232).

En el auto de admisión de la demanda el juez señalará el día y la hora en que tendrá lugar la audiencia (artículo 233), la cual deberá celebrarse en el plazo máximo de veinticuatro horas, contadas a partir de su señalamiento. La audiencia se realizará mediante única convocatoria; debiendo el juez citar a las partes por cualquier medio. En la citación se indicará que la audiencia no se suspenderá por la incomparecencia del demandado y que las partes han de concurrir con todos los medios de prueba que pretendan hacer valer.

Emplazado el demandado deberá contestar la demanda durante la audiencia (artículo 324). Las excepciones de cualquier clase deberán alegarse con la contestación y se resolverán de inmediato.

En la celebración de la audiencia, la prueba con que se cuente deberá ser aportada (Artículo 235). Si el demandante citado no compareciere ni hubiere alegado una circunstancia que motive la suspensión de la audiencia, el juez pondrá fin al proceso sin más trámite; salvo que el demandado alegue en el acto, un interés legítimo en la continuación del mismo. No procederá la finalización del proceso por incomparecencia de las partes en los casos de

intervención, hospitalización o administración de tratamiento médico para una niña, niño o adolescente (artículo 236).

Este proceso consta de la realización de una Audiencia Única, por lo que se rige con las reglas siguientes:

Δ Artículo 237, La audiencia se desarrollará en el lugar y fecha señalados de acuerdo a las mismas reglas establecidas para el desarrollo de la audiencia única en el procedimiento administrativo establecido en la presente Ley, con las modificaciones que adelante se mencionan:

- Los hechos fijados no podrán ser reformados o ampliados.
- Durante la audiencia, la autoridad competente podrá ordenar para mejor proveer, la práctica de diligencias, tales como inspecciones, visitas y otras que considere necesarias, para el esclarecimiento de los asuntos sujetos al procedimiento abreviado, pudiendo ser suspendida una sola vez, por el termino de veinticuatro horas, transcurrido el cual deberá continuarse con el desarrollo de la misma.

Δ Artículo 238, Posteriormente las partes por su turno aportarán las pruebas para acreditar los hechos sobre los que no exista conformidad, siempre que resulten pertinentes, conducentes y útiles.

Las partes podrán solicitar al menos con cinco días de anticipación a la fecha de la audiencia, las pruebas que habiendo de practicarse en la misma, requieran diligencias de citación o requerimiento.

La admisibilidad de las pruebas así como la pertinencia y utilidad de las preguntas que formulen las partes serán decididas por el juez y si el interesado no estuviere de acuerdo contra lo resuelto en el acto, se

consignará en el acta la pregunta formulada o la prueba solicitada, la fundamentación de su denegatoria y la protesta, a efecto de la impugnación de la sentencia.

El testigo que deba declarar será interrogado en primer lugar por la parte que lo presentó y luego, podrá ser conainterrogado por la parte contraria.

El juez moderará dicho interrogatorio y evitará que se conteste a preguntas capciosas o impertinentes, procurando que las partes no ejerzan presiones indebidas ni ofendan la dignidad del testigo.

El juez podrá hacer a las partes, los testigos o peritos, las preguntas que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos, pero con las limitaciones que el deber de imparcialidad le impone. En los demás aspectos relativos a las pruebas se aplicarán las reglas de la normativa procesal de familia.

Δ Artículo 239, Practicada la prueba las partes formularán oralmente sus alegatos finales; concluidos los cuales el juez si lo estima necesario podrá solicitarles que amplíen sus explicaciones sobre las cuestiones objeto del debate que les señale, en el plazo de treinta minutos.

Δ Artículo 240, Concluidos los debates y alegatos el juez dictará inmediatamente la sentencia, la cual se leerá y notificará a los intervinientes presentes en el salón de audiencia.

Excepcionalmente, cuando por la complejidad del asunto sea necesario diferir la redacción de la sentencia el juez proveerá el fallo y explicará sintéticamente, los fundamentos que motivan su decisión. En este caso, deberá proveer por escrito la sentencia respectiva dentro de los cinco días

hábiles siguientes. Contra la sentencia que se pronuncie podrán interponerse los recursos legalmente previstos. (ANEXO 3)

CAPITULO 6

6.1 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1.1 Conclusiones.

Una vez que se ha realizado la investigación al tema que nos ocupa de “**LAS INNOVACIONES DE LA LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN RELACION CON LA REGULACION QUE HACE EL CÓDIGO DE FAMILIA**” y de conformidad a los objetivos que surgieron como base de la presente investigación dedicamos cinco apartados para su respectiva conclusión, los cuales son:

1. Antecedentes históricos.
2. Doctrinas de la niñez.
3. Derecho comparado.
4. Innovaciones que presenta la LEPINA.
5. Observaciones y recomendaciones.

Dentro de cada uno de estos apartados se determinara los objetivos que fueron fijados anteriormente y también las hipótesis que se plantearon al desarrollar la presente investigación.

6.2 Antecedentes Históricos.

1. Cuando nos referimos a la evolución histórica de los derechos de la niñez se tomó de referencia aquellos antecedentes que sirvieron de base para el origen de los derechos de la niñez a nivel nacional y también a nivel mundial, por esta razón concluimos diciendo que a nivel mundial estos derechos surgieron gracias al apoyo de Eglantine

Jebb, ya que por medio de ella se logro obtener la primera conceptualización formal de los derechos de la infancia por parte de las organizaciones internacionales.

2. A Nivel nacional es a partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño que en nuestro país se inicia un proceso de adecuaciones legales e institucionales tendientes a la transformación de la visión que se tenia del niño como sujeto pasivo de derecho, hacia una nueva concepción de este, como sujeto activo de derecho.
3. Logramos identificar la evolución de los derechos que la niñez y la adolescencia ha tenido en nuestro país, permitiéndonos conocer que doctrina de la niñez es la que se ha adoptado en cada uno de estos instrumentos.

6.3 Doctrinas de la niñez.

1. Otro de los objetivos logrados en nuestra investigación fue el de identificar las diferentes doctrinas que han sido adoptadas en la evolución de los derechos de la niñez hasta la actualidad y ellas son: la Doctrina de la Situación Irregular y la Doctrina de la Protección Integral.
2. La doctrina de la Situación Irregular se caracteriza principalmente porque considera a los niños como sujetos de protección, catalogándolos como menores, es decir no utiliza el término niño, niña y adolescente que surge con la doctrina de la protección integral.

3. La doctrina de la protección integral ubica a los menores como sujetos de derechos, como personas en condición particular de desarrollo que deben ser considerados con prioridad absoluta, en todos los órdenes de la sociedad, asegurando por medio de la convención un trato especial diferente, basado en el respeto de los derechos humanos, garantizándoles los principios básicos fundamentales, reconocidos a los adultos por el derecho internacional, en la mayoría de legislaciones de América.

6.4 Derecho comparado.

- 1- Que en ningún de los países de nuestra región Centroamericana a reconocido a nivel Constitucional, de forma expresa a la niñez y a adolescencia como verdaderos Sujetos Plenos de Derechos, si no que en la mayoría de los cuerpos normativos se reconoce la protección de la niñez y la adolescencia bajo la concepción constitucional que cada país a adoptado al establecer por ejemplo que: “La vida humana es inviolable e inherente o que la persona humana es el principio y fin de un estado”.
- 2- Que la función que realizan en todo los procesos cada uno de los jueces especializados de cada uno de los países, es una función de director del debate, ya que conducen la prueba en busca de la verdad real, y tienen la facultades de conducción, corrección a las partes y poder admitir o rechazar las pruebas si estimare que son inconducentes o impertinentes, esto conforme a lo que establecen cada uno de los cuerpos normativos que velan por la protección de los derechos de la niñez y la Adolescencia.

- 3- En síntesis podemos decir que en Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Nicaragua Uruguay, Colombia y Venezuela, el método de valoración de los medios de prueba que las legislaciones procesales les otorgan a cada uno de los jueces como aplicadores del derecho es la “Sana Critica”, a excepción de Honduras, que estable como método de valoración la “Prueba Tasada”.
- 4- Que entre los medios de impugnación reconocidos entre los países objeto de nuestra investigación existen diferencias y similitudes, ya que algunos de estos países la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia están únicamente reconocidos y basados en los procesos meramente penales, y en otros a través de los procesos de familia pero que siempre van orientados a la protección de los derechos y garantías fundamentales de la niñez y la adolescencia, cabe aclarar que El Salvador es el único país que tiene jurisdicciones separadas para el conocimiento de los proceso penales, de familia y que últimamente con la LEPINA, da paso a una nueva jurisdicción especializada que vela por la protección integral de la niñez y adolescencia.

6.5 Innovaciones que presenta la LEPINA.

1. La Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia, como lo hemos dicho, tiene notable ideal visionario, pero también pueden hacersele serios cuestionamientos con respecto a su contenido, forma y el aparato institucional que prevé para su cumplimiento. No dudamos que la LEPINA nos presenta un estado ideal de cosas, un deber ser ideal para la aplicación de la “Convención de los Derechos del Niño”

en todos sus aspectos, pero sentimos que en algunos puntos esta ley no se ajusta a la realidad fáctica nacional y sus posibilidades de cumplimiento son, por ello, limitadas.

2. Esta legislación nos presenta una novedad, quizás demasiado impresionante, tanto que es la razón por la que aún no haya entrado en funcionamiento en su totalidad y es el SISTEMA NACIONAL DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA, que incluye una serie de entidades organizadas de forma jerárquica y orientadas a velar por el cumplimiento de la misma ley y de todas aquellas normas destinadas a proteger los derechos supremos de la niñez.
3. Es por medio de esta nueva ley que El Salvador logra cumplir con la obligación de adecuar su legislación interna a los mandatos de la Convención sobre los derechos del Niño al reconocer a la niña, niño y adolescente como sujeto pleno de derecho.
4. Entre los aportes de la LEPINA en relación a la implementación de la Convención se destacan que la misma proyecta un cambio del modelo tutelar, todavía presente de alguna forma en el actual Código de Familia, al modelo de protección integral. Esto implica que la LEPINA promueve el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y bajo los principios de igualdad y equidad, así como el desarrollo de las obligaciones que, bajo el principio de corresponsabilidad, tienen la familia, la sociedad y el Estado.

6.6 Observaciones y recomendaciones.

A. Observaciones.

Antes de juzgar el valor de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia nos referiremos a los criterios y parámetros que utilizaremos para determinar las fortalezas y debilidades de la misma.

Consideramos que el criterio más relevante para juzgar su valor es su adecuación a las obligaciones internacionales del Estado salvadoreño. Es decir, el valor relativo de la LEPINA deriva inicialmente de su grado de cumplimiento con las obligaciones de El Salvador en materia de derechos de la niñez y adolescencia y su adecuación al resto del ordenamiento jurídico salvadoreño.

Adicionalmente, se utilizan criterios endógenos a esta ley, como son su coherencia interna, su técnica y su redacción. En las dos secciones siguientes se observan sus más importantes logros y desaciertos fundamentalmente a la luz de estos criterios.

Fortalezas de la LEPINA.

1. El principal mérito de la LEPINA es que colocaría a El Salvador entre los países que han adecuado su legislación a los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto hay que recordar que la Convención obliga a los Estados a adoptar “todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención” (Art. 4). Han pasado mas de 20 años desde que el país se comprometió internacionalmente para con su niñez y adolescencia y nada justifica

que siga postergando la adecuación de su legislación interna sobre la materia. Aunque el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas reconoce que, desde la suscripción de la Convención, el país ha dado algunos pasos importantes en la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, pero los juzga como insuficientes¹⁸². De tal manera, el que finalmente se cumpla con el mandato de la Convención es en sí mismo un hecho destacable, aunque evidentemente resta por examinar la manera cómo se logra el cumplimiento de las obligaciones convencionales, ya que el Código de Familia no había logrado adecuarse al las disposiciones de la mencionada convención.

2. Un segundo punto que nos interesa destacar y que consideramos debe ser tomado en cuenta en cualquier discusión sobre la LEPINA es que éste marco normativo destaca una visión de país que aún no existe pero que debería existir. Es decir, no se trata de una ley que simplemente organiza y tolera la realidad que rodea a la niñez y adolescencia, sino que pretende sentar las condiciones jurídicas para que aquélla se transforme. La LEPINA contiene una normativa que claramente propiciaría un nuevo paradigma de protección y promoción de los derechos de ese sector de la población.

La LEPINA propone pasar de una legislación dispersa a una nueva sistemática de derechos y de competencias institucionales, pero sobre todo pasar de una visión en la que el niño y el adolescente aparece marginado de las políticas estatales a una en la que se convierte en importante miembro de la institucionalidad democrática.

¹⁸² Comité de Derechos del Niño; 34^a periodo de sesiones, CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, punto numero 8.

3. La LEPINA refuerza la condición de sujetos de derecho de los niños y adolescentes. Una interpretación muy común en nuestro medio, pero claramente errónea e inconstitucional, considera que los niños y adolescentes no son sujetos plenos de derecho por no poder ejercer derechos y deberes políticos. Es decir, se confunde la capacidad para el ejercicio de los derechos y deberes políticos con la condición de sujetos de derecho. Aunque la Constitución, el Código de Familia y toda una serie de tratados internacionales reconocen a todas las personas la titularidad de un amplio catálogo de derechos, la Convención sobre Derechos del Niño constituye la más importante reafirmación de esta condición para ese sector de la población, cuya promoción y garantía estaría regulada ampliamente en la LEPINA. La Convención reconoce el principio de ejercicio progresivo de las facultades (Art. 10), aunque no siempre establece un término preciso para la plena asunción de dichos derechos (una excepción sería el derecho de asociación, del que, según el Art. 96, el adolescente goza desde los catorce años); en todo caso, no hace referencia a los derechos patrimoniales de los menores, su representación y otros derechos inherentes a la autoridad parental, como el derecho de corrección, por lo que las normas del Código Civil, del Código de Familia y del Código de Comercio que tratan este tema no sufrirían modificación.

4. En su regulación de derechos y garantías, esta nueva ley pretende reunir en un sólo cuerpo legal gran parte de la regulación relativa a la protección de los niños y adolescentes en el país, abarcando la mayoría de las materias tratadas en la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales. Esta visión integral de

los derechos de la niñez, por evidente que parezca, brindaría protección a todos los niños y adolescentes sobre todos sus derechos. Es decir, no se trata de una norma enfocada sólo en una parte de ese sector de la población mide la regulación de una parte de sus derechos.

Esto no sólo facilita la armonización de la regulación sino también complementa adecuadamente la legislación penal juvenil. Ello sin embargo no significa que todas las prescripciones relativas a la niñez y adolescencia quedarían comprendidas en el texto de la nueva ley, muchas otras, por su contenido y materia continuarían en el Código de Familia, la Ley Procesal de Familia, la Ley Penal Juvenil, el Código Civil, el Código de Comercio, el Código de Trabajo, la Ley de la Inspección General de Trabajo y otros cuerpos legales. Es comprensible que la LEPINA no pretenda concentrar la totalidad de la regulación de niñez y adolescencia pues se convertiría en un texto legal inmenso y de difícil integración.

Lo importante es que la LEPINA ofrece una mejor alternativa de sistematización a la dispersión actual; el reto será garantizar la debida adecuación y armonización mediante cuidadosas reformas y derogatorias.

5. En la misma línea, cabe destacar que la LEPINA contiene una meticulosa y sistemática regulación de una serie de derechos y principios que, aunque nuestro ordenamiento ya regula, contienen matices aplicables a la niñez y adolescencia por lo que conviene recordar como aplicables a este sector de la población. Dichas disposiciones incluyen normas constitucionales como el principio de igualdad (Art. 11 LEPINA), el derecho a la vida (Art. 16 LEPINA), el

derecho a la seguridad social (Art. 34 LEPINA); pero también comprende otras normas que ya están contenidas en leyes secundarias. Debido que estos derechos ya están en otros marcos legales, podrían ser removidos de la LEPINA y no cambiaría el sentido del mismo. Es importante señalar que de tomarse la decisión de mantenerlos, debe tenerse el cuidado de mantener la armonía en el sistema jurídico salvadoreño.

6. La LEPINA propone además la ampliación de garantías de los derechos que no se encuentran reguladas actualmente en nuestra legislación. Es decir, innova al crear instituciones y mecanismos jurídicos que aseguren la efectividad de los derechos que declara. Destacan la creación de una nueva institucionalidad coordinada, la regulación coherente de las medidas de protección, la integración de la sociedad civil como actor relevante de la protección de los derechos y las acciones judiciales específicas. Nos parece que se hace un importante esfuerzo para que, en general, los derechos que se declaran sean completados con una serie de garantías para su cumplimiento. Sin embargo, algunas de estas garantías no son del todo explícitas y ello podría debilitar el respeto de los derechos, sobre todo cuando éstos se introducen por primera vez al ordenamiento jurídico salvadoreño.
7. Para garantizar la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, la LEPINA crea una institucionalidad integral. Esta es quizá una de las apuestas más importantes de la ley, pues en lugar de adecuar las ya existentes, se propone la fundación de un nuevo conjunto de instituciones que de manera coordinada trabajen por la protección de los derechos de los niños y adolescentes. El Sistema

Nacional de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, quedaría formado por un organismo rector de políticas, el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (CONNA), un organismo ejecutor de programas nacionales de protección, el ya existente Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Niñez y de la Adolescencia, instancias municipales originadoras de políticas locales y ejecutoras de proyectos de leyes y proyectos de protección diversos, una red de tribunales de justicia especializados y un conjunto coordinado de entidades privadas.

8. Como se ha observado, entre otras características, este sistema institucional (el llamado “Sistema de Protección Integral”) descentraliza la atención, compartiendo las obligaciones de protección entre el gobierno central y los locales. Es importante señalar como la ley exige la articulación de organismos nacionales con locales, buscando asegurar el cumplimiento de sus disposiciones en todo nivel y en todo el país. Además, pretende integrar de pleno a la sociedad civil, brindándole apoyo para realizar su labor pero también la sujeta a reglas claras, en armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Debilidades de la LEPINA.

1. La LEPINA tiene serias críticas de sectores conservadores por el hecho de seguir una orientación, muy difundida en países con alto nivel de desarrollo, pero que está bajo fuertes críticas en los mismos y por muy buenas razones. A pesar del principio de ejercicio progresivo de facultades que recoge, la LEPINA sigue la tendencia de considerar

a los menores, especialmente a los adolescentes, como pequeños adultos con la misma madurez y discernimiento que los mayores de edad¹⁸³. El papel y la autoridad de los padres quedan efectivamente minimizados y reducidos casi exclusivamente a obligaciones y aunque el texto de la LEPINA no altera expresamente las facultades de autoridad parental contenidas en el Código de Familia, aquéllas quedan efectivamente restringidas. Compárese, como ejemplo, la disposición contenida en el inciso segundo del Art. 213 del Código de Familia: “La formación religiosa de los hijos será decidida por ambos padres”, con la disposición contenida en el Art. 98 de la LEPINA; según esta disposición los niños y adolescentes tienen derecho a la libertad de conciencia y religión y el papel de los padres queda reducido al “derecho y el deber de orientar” en el ejercicio de este derecho; esto presupone una facultad del menor de escoger la religión que prefiera con base en una madurez que no puede tener. Los ejemplos pueden multiplicarse y revelan claramente la adopción de

¹⁸³ Una disposición que merecería una aclaración, pues no corresponde a la doctrina tradicional

que ha informado la legislación del mundo occidental desde la época romana, al punto que dudamos si se trata de error de redacción, es la contenida en el inciso primero del Art. 5, que establece: “Todas las niñas, los niños y los adolescentes son sujetos plenos de derechos”. No puede hablarse de “sujetos plenos de derechos” porque la personalidad jurídica no puede tener otro carácter; se es sujeto de derecho o no se es. Lo que puede estar sujeto a limitaciones es la capacidad de la persona para ejercer por sí misma sus derechos. Salvo excepciones concretas, entre nosotros, esa capacidad plena se obtiene al cumplir los dieciocho años; antes es limitada. En la LEPINA ni en el Código de Familia no se cuestiona esta limitación contenida en la Constitución y en otras leyes secundarias. En todo caso, si se refiere a capacidad, hay una contradicción evidente con el Art. 13, que establece el principio de ejercicio progresivo de los derechos y garantías reconocidos a los menores, conforme su desarrollo.

una tendencia que es “políticamente correcta” en foros sobre la materia, pero que es altamente controversial, como se indicó. Los abusos que se cometen contra los niños y adolescente en el país no justifican un detrimento de la razonable autoridad parental.

2. Encontramos previsibles dificultades en el funcionamiento del órgano rector del Sistema de Protección. La LEPINA establece que el CONNA deberá ser integrado por el Órgano Ejecutivo, a través de cinco ministros, quienes solo podrán ser sustituidos exclusivamente por el viceministro correspondiente, el Procurador General de la República o el Procurador Adjunto, El Presidente de la Corporación de Municipalidades de la República de El Salvador o quien ostente el cargo de vicepresidente y cuatro representantes de la sociedad civil. En el caso de los siete primeros, sólo puede sustituirlos su suplente (Art. 139), lo que manifiesta la intención de asegurar el más alto nivel de decisión. Experiencias pasadas, como la del Consejo Nacional del Medio Ambiente¹⁸⁴, que no llegó a reunirse ni una sola vez, han demostrado que la conformación de organismos directivos integrados exclusivamente por Ministros de Estado y presidentes de instituciones oficiales autónomas no pueden funcionar, debido a la carga de trabajo excesiva de estos funcionarios y el hecho de que su principal interés es el funcionamiento de los asuntos de las oficinas de las que son titulares. Es por lo anterior y con base a la realidad práctica que, si se quiere que un organismo funcione, debe encomendarse su dirección a representantes nombrados por los mismos titulares de las oficinas.

¹⁸⁴ D.E.Nº 73, 18 de diciembre de 1990, publicado en D.O. Nº 8, Tomo 310, de 14 de enero de 1990. Fue sustituido en 1994 por la Secretaría Nacional del Medio Ambiente.

3. El aparato administrativo que se crea para la aplicación de la ley es complejo y requiere de la participación de muchas personas y no funcionará sin un compromiso financiero significativo por parte del Estado. Cabe recordar que en materia institucional, no sólo conserva a un reformado ISNA, sino que además, el cumplimiento de la ley requeriría la creación de múltiples oficinas públicas en el país, algunas de ellas con un aparato burocrático dependiente. De hecho, para que se cumpla a cabalidad la nueva ley, deben ser creadas nuevas oficinas públicas, a nivel nacional y municipal. Estas deben contar con una dotación de recursos suficientes que, aunque no podemos calcular, a simple vista requeriría de una proporción significativa del presupuesto del Estado. La situación fiscal podría ser más complicada para las municipalidades que deberían crear cada una dos instituciones, una con integrantes con cargos ad honorem y otra con cargos pagados pero que necesitan de fondos y recursos para su funcionamiento.

Además, se imponen cargas financieras al Estado para satisfacer las necesidades económicas y materiales de los niños y adolescentes o sus familias y se prevé la cooperación de una extensa red de organizaciones privadas, cuya actuación podrá ser subsidiada por el Estado, en ocasiones, para que puedan cumplir con su función. No puede olvidarse la creación de la jurisdicción especializada que requerirá también de importantes recursos públicos. De tal suerte, para que este complejo sistema institucional funcione como está previsto hará falta un decisivo aporte financiero estatal que no sólo permita crear el Sistema sino también darle estabilidad y permanencia. Como se ha mencionado con anterioridad, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia se incorpora al Sistema de Protección pero como una entidad de atención pública.

De tal manera, se separan y por tanto se aclaran las funciones primordiales del Sistema, al asignar la coordinación del mismo y la definición de políticas al Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, dejando la ejecución de medidas, programas y servicios al ISNA y al resto de la Red de Atención Compartida, y finalmente atribuyendo la protección jurídica a las Juntas Municipales de Protección y a la jurisdicción especializada.

La Convención de los Derechos del Niño, sin embargo, genera obligaciones que es necesario cumplir; a la situación que mencionamos habrá que llegarse alguna vez, pero es de tener en cuenta la disponibilidad material de recursos del Estado y la voluntad de éste de restar recursos a otras actividades, o aumentar la carga tributaria, para lograr todo lo que se pretende de inmediato con la LEPINA. La simplificación del aparato institucional podría comenzar con la supresión de CONNA; no entendemos por qué un mismo organismo, como el ISNA, no puede ser el determinador de políticas y el ejecutor de algunos de sus componentes, se aprovecha así, la institucionalidad existente.

B. Recomendaciones.

La Ley de protección integral de la niñez y de la adolescencia, como lo hemos dicho, tiene notables virtudes en sí mismo y lo inspira un ideal visionario, pero también pueden hacerse serios cuestionamientos con respecto a su contenido, forma y el aparato institucional que prevé para su cumplimiento. No dudamos que esta nueva ley nos presenta un estado ideal de cosas para la aplicación de la “Convención de los Derechos del Niño” en todos sus aspectos; pero sentimos que en algunos puntos La LEPINA no se ajusta a la realidad fáctica nacional y sus posibilidades de cumplimiento son, por ello, limitadas. Esta Ley es ideal para iniciar un debate nacional sobre los

derechos y la protección de los niños y los adolescentes, pero a nuestro criterio debe de sufrir las modificaciones necesarias que lo hagan viable.

En consecuencia de ello se recomienda:

1. Que en nuestro país se reconozca a la niñez y la adolescencia como verdaderos Sujetos Plenos de Derecho desde un rango Constitucional, para que los derechos Humanos y Garantías de la Niñez y la Adolescencia permitan una verdadera seguridad jurídica y así crear un sistema garantista de sus derecho para que se cumplan por el mandado imperativo que tiene nuestra carta magna.
2. Que cada una de las jurisdicciones que existen y las nuevas que se han creado, estén orientadas a velar por el estricto cumplimiento de todas la instituciones jurídicas de la LEPINA, en relación a los principios rectores de la Doctrina de Protección Integral, que tiene su génesis en la Convención de los Derechos del Niños.
3. Por el alcance de las obligaciones contenidas en la LEPINA recomendamos cuanto antes coordinar esfuerzos gubernamentales y de la sociedad civil para asegurar la viabilidad de su implementación.
4. Realizar un estudio de factibilidad presupuestaria del proyecto que sirva de insumo para determinar un monto estimado del compromiso financiero que deberá tomar el Estado para la ejecución de la ley.
5. Recomendamos que la implementación de esta ley sea gradual, en etapas claramente delimitadas. Un cuerpo legal de esta complejidad y

significancia no puede ni debe implementarse todo a la vez porque podría crear efectos no deseados sobre los que presuntamente está protegiendo. El sistema que se está reemplazando, aun con sus defectos, atiende a importantes sectores de la niñez y adolescencia y su sustitución inmediata y completa podría dejar a muchos niños y adolescentes sin la debida protección. Como se explica antes, la implementación de la ley requiere antes de un plan de formación y capacitación de los operadores, de un proceso de difusión nacional y de la garantía de los recursos adecuados, todo lo cual se podría resolver más fácilmente si su implementación es gradual.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

CARLOS ENRIQUE TEJEIRO LÓPEZ, **Teoría General de la Niñez y la Adolescencia**, 2da Edición, 2005, Bogotá, Colombia.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, **Políticas Públicas y derechos humanos del niño**, Uruguay, Noviembre de 2007.

ARIEL GUSTAVO FORSELLEDO, **Manual De Aplicación del Prototipo de políticas Publicas de infancia Focalizadas**, segunda edición, Montevideo, Uruguay, 2003

INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, **Prototipo Base del Sistema Nacional de Infancia**, Uruguay, marzo 2003.

ADRIANA APUD, **Participación Infantil**, UNICEF, 2004.

FERNANDO PEREIRA Y OSCAR MISLE, **La participación de niñas, niños y adolescentes: Un vuelo entre luces y sombras**, Ediciones el Papagayo, Noviembre de 2007, Venezuela.

PAULO SÉRGIO PINHEIRO, **La Protección de las niñas, los niños y adolescentes no acompañados**, San José, Costa Rica, 2009.

PAULO SÉRGIO PINHEIRO, **La Protección de las niñas, los niños y adolescentes no acompañados**, San José, Costa Rica, 2009.

BEATRICE ALAMANNI DE CARRILLO, **Informe Mensual de los Derechos Humanos en El Salvador**, Junio de 2006, El Salvador.

OSCAR HUMBERTO LUNA, **Informe de Labores**, Junio 2007–mayo 2008, El Salvador.

GEORGINA VILLALTA, **Informe de Cumplimiento De La Convención de los Derechos de la Niñez**, 2004-2009; El Salvador.

PAULO SERGIO PINHEIRO, **Informe Mundial sobre la Violencia contra los Niños y Niñas**, 2005, UNICEF.

EDUARDO GARCÍA SARMIENTO, **Derecho de Familia en el Código del Menor**, 2ª. Edición, aumentada y corregida, Editorial El Foro de la Justicia, 1992.

MARIA GUISELA VALDES CIFUENTES, **Algunas de las Inconstitucionalidades del Código de la Niñez y la Juventud**, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, Febrero de 1999.

CALVO CARAVACA ALFONSO LUÍS. **La protección de menores en los casos internacionales**, **En Derecho de Familia Internacional**, 2005, 3ª Edición, Editorial Colex. Madrid, España.

GILBERTO TORO, **Un árbol Frondoso para niños, niñas y adolescentes, Una Propuesta para Gobernar con enfoques de Derechos**, UNICEF, Oficina de Área para Colombia y Venezuela, Edición Noviembre de 2003.

EMILIO GARCIA MENDEZ. **"Derecho de La Infancia Adolescencia en América Latina, De La Situación Irregular a la Protección Integral"**. Editorial Gente Nueva.

JOSÉ ANDRÉS AYBAR CASTELLANOS, **Código para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes y Normativa Internacional**, México 1ª Edición, octubre 1994. Editorial Gente.

LÓPEZ HERRERA, FRANCISCO, **Derecho de Familia**. Tomo I. Segunda edición (actualizada) 2006. Banco Exterior y Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela.

DANIEL HUGO D'ANTONIO, **Derecho de Menores**, 4ª Edición actualizada y amplia Editorial Astrea Buenos Aires 1994.

CARLOS EROLES Y OTROS, **Políticas Publicas de Infancia, Una mirada desde los derechos**; 2da. Edición, Editorial Espacio,, Buenos Aires Argentina.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, **Los Derechos del Niño**, 1991.

MARITZA DE HERNANDES Y OTROS; **Derechos Humanos de la Niñez, La Tarea Pendiente**; Bases para un Código de la Niñez y la Adolescencia, 1998.

CARLOS UMAÑA, **Los jóvenes en situación de exclusión social**, FEPADE, 2da. Edición 1999, El Salvador.

OSWALDO A. MONCAYO AGUIAR CUESTIONES “CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA” **Estudio de derecho comparado e histórico, de lo bueno, lo malo y lo que falta, con concordancias, doctrina y jurisprudencia Primer Libro**, Impresión: Producción Gráfica Quito- Ecuador 2003.

GUILLERMO ESCOBAR, **Informe Sobre Derechos Humanos Niñez y Adolescencia** Director © Cicode, 2005 © de esta Edición, Trama Editorial, 2005 apartado postal 10.60528080 Madrid, España.

JOSÉ LUIS ROCHA, **Código de la Niñez y la Adolescencia una Ley Incomprendida**. 2003. Nicaragua.

FERNANDO PEREIRA, CECODAP, **PARTICIPACIÓN POLÍTICA DE LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES** Miradas y Experiencias de sus **Protagonistas**, Caracas, enero de 2009.

Ministerio de Educación Superior “Universidad Nacional Experimental de los Llanos Occidentales Ezequiel Zamora”, **“Análisis de la LOPNA en Materia de Protección”**, República Bolivariana de Venezuela, Guanare, Octubre 2005.

LEGISLACION

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, fue adoptada por la Asamblea General De Las Naciones Unidas El 20 De Noviembre de 1989.

CÓDIGO VERSIÓN COMENTADA DE LA Y LA INFANCIA ADOLESCENCIA, Unicef, Oficina de Colombia Bogotá, D.C., Colombia. 2007, Coordinación Editorial Sara Franky Calvo Oficial De Comunicación De Programas - Unicef

NUEVA LEY PARA LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN COLOMBIA, Beatriz Linares Cantillo, Oim Pedro Quijano, Alianza Por La Niñez

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO Modificado por la Ley 153 de 1887 - Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA CONSTITUCION POLITICA DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA, Publicada el 7 de noviembre de 1949, Última actualización 05 de octubre de 2005.

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Decreto dado en la Presidencia de la República.- San José, A Los seis días del mes de Enero de mil novecientos noventa y ocho.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLIC DE GUATEMALA. Reformada por Acuerdo Legislativo No. 18-93 Del 17 De Noviembre De 1993.

LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LA NINEZ Y ADOLESCENCIA.
Decreto Numero 27-2003 Acuerdo Gubernativo Numero 417-2003
Guatemala. 16 De Julio Del 2003 Diario de Centro America-18 de julio de
2003

CONSTITUCIÓN DE REPÚBLICA DE HONDURAS, 1982 Con Las Reformas
Desde 1982 Hasta El Año 2004, Decreto Numero 131 11 De Enero De 1982

CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA HONDURAS, Decreto No.73-
96 Publicación: Diario Oficial La Gaceta No: 28,053 Fecha: Jueves 5 De
Septiembre 1996

CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA LEY No. 287 entró en
vigencia el 22 de noviembre de 1998

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE NICARAGUA Y SUS REFORMAS de a los
diez y nueve días del mes de noviembre de mil novecientos ochenta y seis.

CODIGO CIVIL de la República Oriental del Uruguay entró en vigencia el 01
de enero 1900.

CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA. LEY N° 17.823 entro en
vigencia el 3 de julio de 2003.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA Bolivariana de Venezuela Publicada en
Gaceta Oficial del jueves 30 de diciembre de 1999, Número 36.860.

LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLECENTE,
Gaceta Oficial N° 5. 266 Extraordinario de fecha 2 de octubre de 1998.

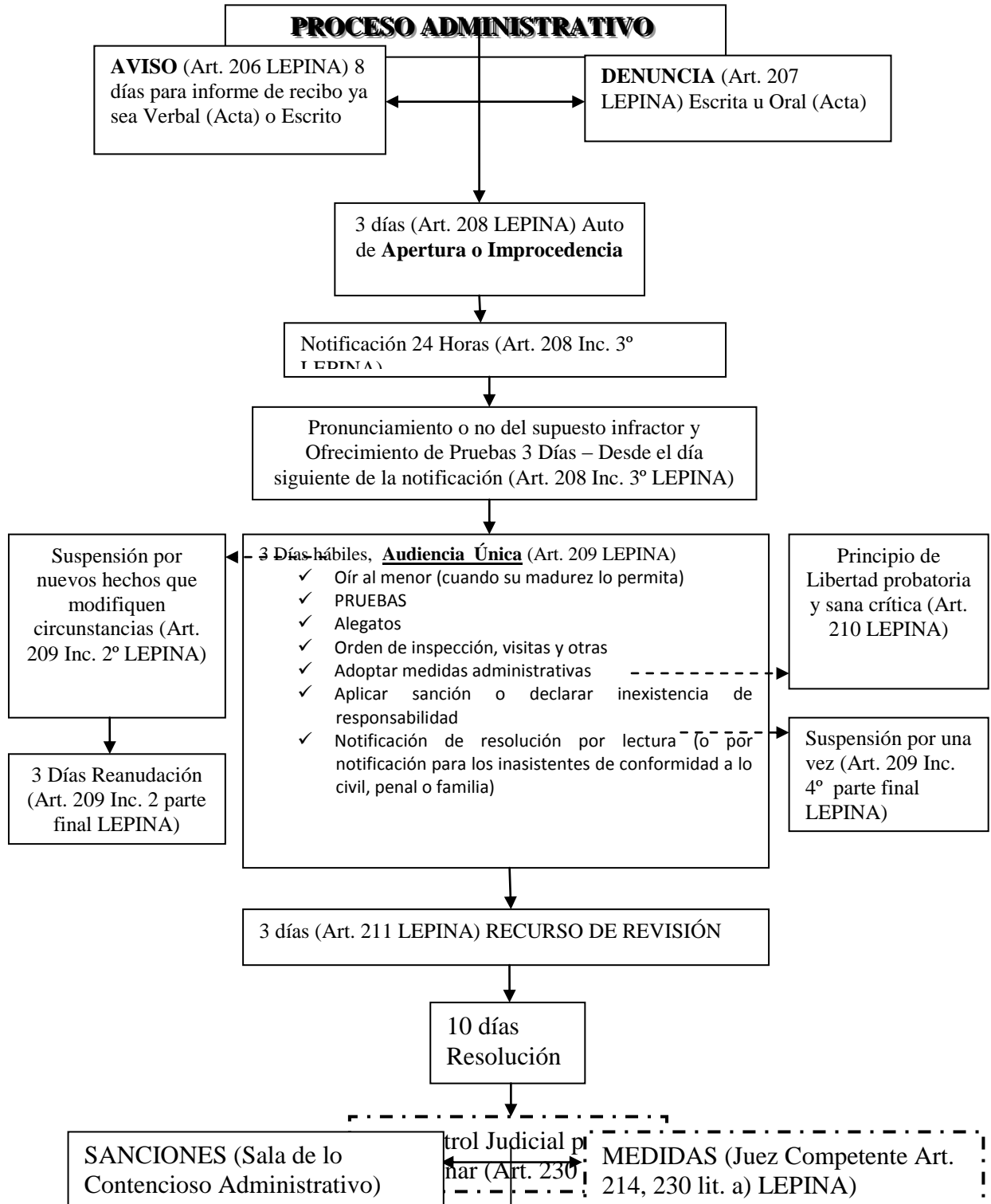
CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR, Adoptada por Decreto Constituyente No. 3, de fecha 26 de abril de 1982, publicado en el Diario Oficial No. 75, Tomo 275.

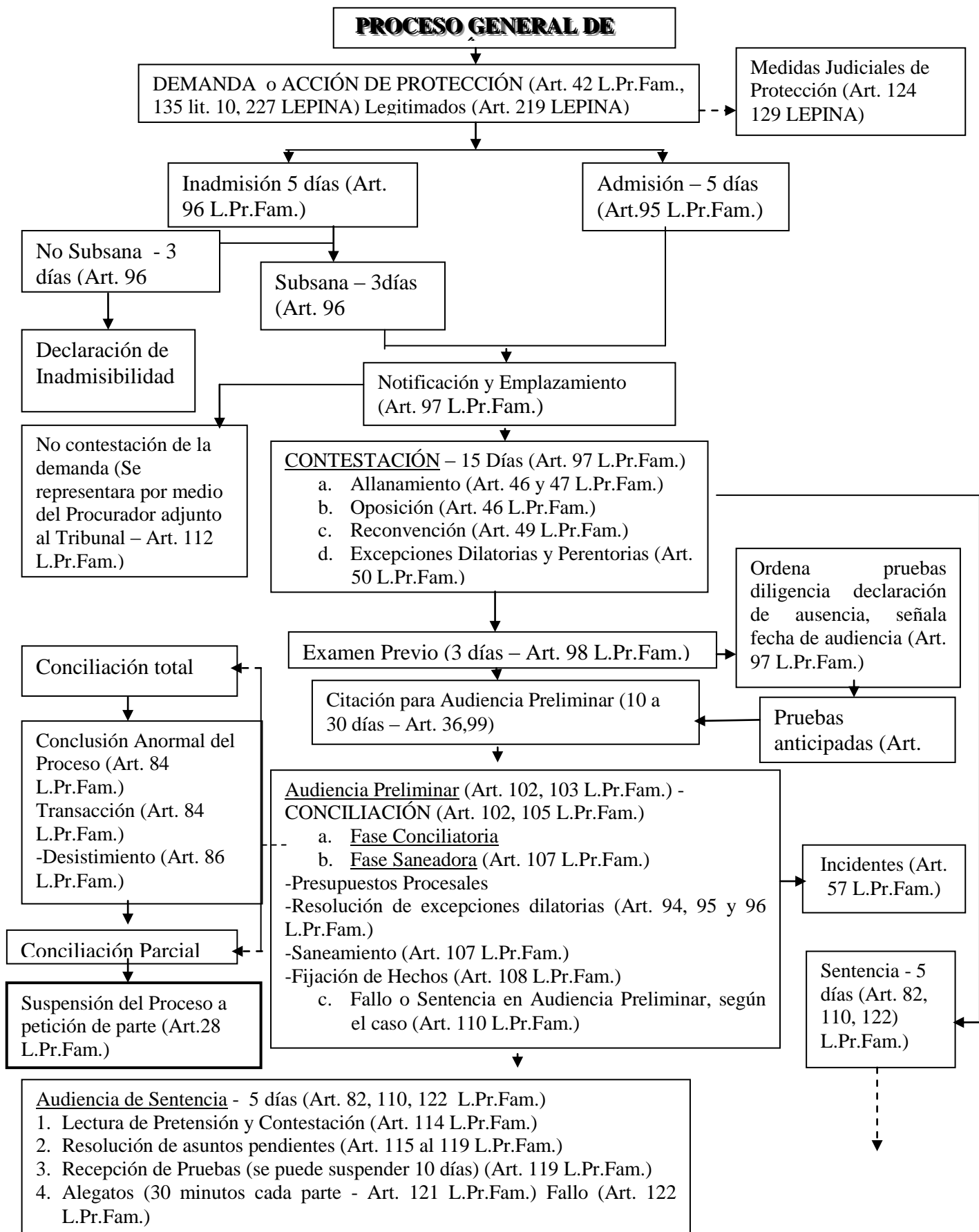
CODIGO DE FAMILIA Publicado en el Diario Oficial Número 231, tomo 321 de fecha 13 de diciembre de 1993.

LEY DE PROTECCINO INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA,
Decreto legislativo numero 320, publicado en el Diario Oficial numero 69
Tomo número 387, de fecha 16 abril de 2011.

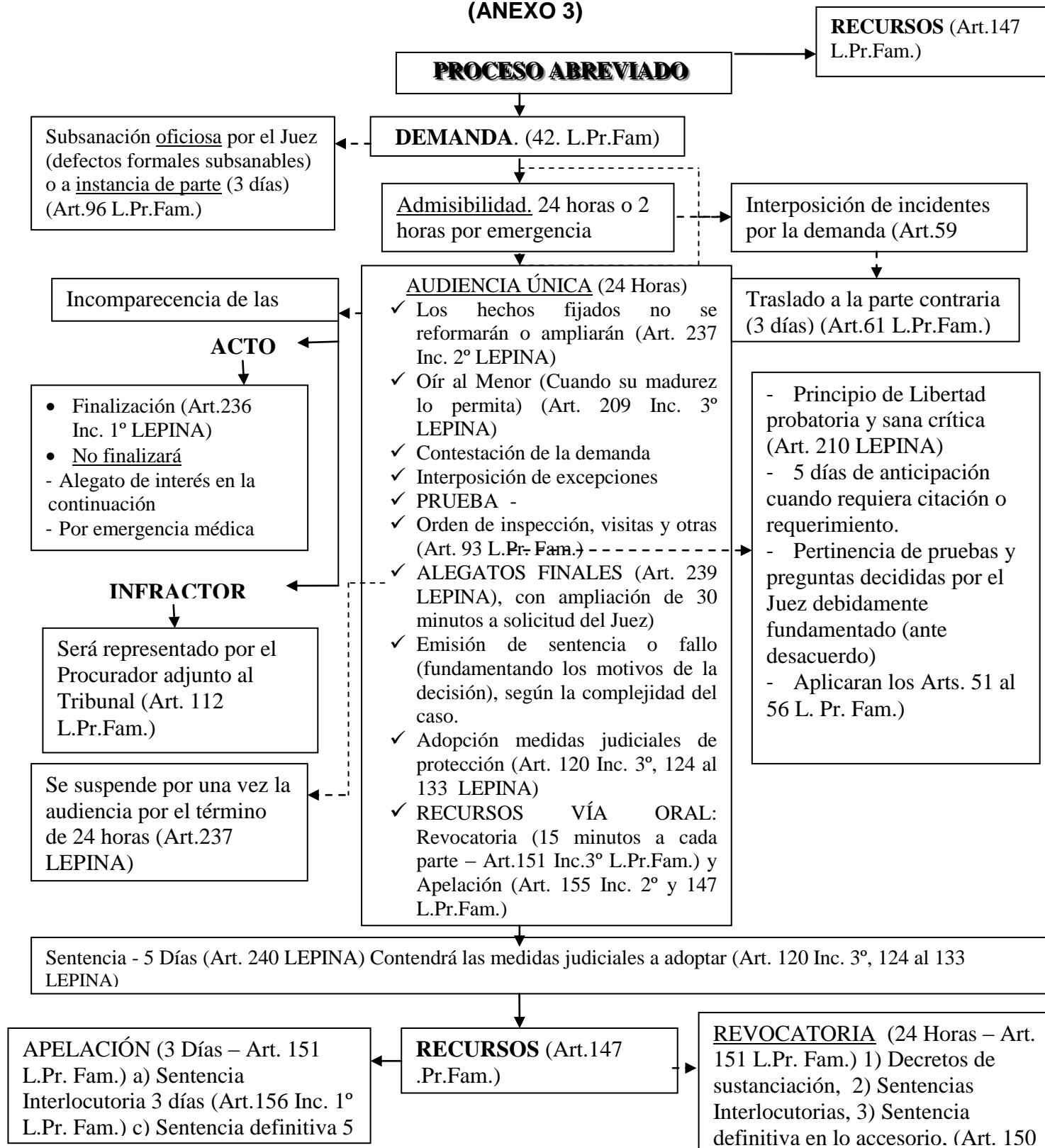
ANEXOS

ANEXO 1





(ANEXO 3)





Ejecución de la sentencia (Art. 170 L.Pr.Fam.)