

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION 2012



TEMA:

LA GARANTÍA DEL DERECHO DE OPINIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS
PROCESOS JUDICIALES QUE LES AFECTEN

TESINA PARA OBTENER EL TITULO DE POSGRADO DE:

MAESTRA JUDICIAL

PRESENTA

LICDA. RUTH ANABELL MARTÍNEZ AGREDA

MÁSTER MARÍA ESTHER RIVERA
ASESORA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, NOVIEMBRE DE 2012.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

INGENIERO MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MAESTRA ANA MARÍA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTORA ACADÉMICA

DOCTORA ANA LETICIA ZAVALA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LICENCIADO FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

LICENCIADO DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LICENCIADO OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DOCTORA EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

DOCTOR JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DIRECTOR DE SEMINARIO

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS	I
INTRODUCCIÓN	II

CAPITULO I

LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	1
2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	4
3. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS DE INFANCIA.....	8
4. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO	11
4.1 ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN.....	13
4.1.1 <i>Preámbulo</i>	14
4.1.2 <i>Artículos de fondo</i>	16
4.1.3 <i>Disposiciones generales</i>	17
4.2 APLICACIÓN DIRECTA DE LA CDN.....	18
5. LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR.....	21
6. LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS	24
7. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.....	26
8. REFORMA LEGISLATIVA EN LATINOAMÉRICA	29
9. REFORMA LEGAL EN EL SALVADOR	31

CAPITULO II

EL EJERCICIO PROGRESIVO DE LOS DERECHOS

10. DEL MODELO TUTELAR A LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.....	34
11. EL EJERCICIO PROGRESIVO DE LA FACULTADES DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES.	37
12. EL CONCEPTO DE PRECIUDADANÍA	46
13. PARTICIPACIÓN.....	49

14. EJERCICIO DIRECTO DE LOS DERECHOS	51
--	-----------

CAPÍTULO III

LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.

15. GARANTÍAS JURISDICCIONALES.....	55
16. CONSIDERACIONES GENERALES DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA	58
17. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GARANTÍA DE AUDIENCIA	62
18. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN EL SALVADOR.....	64
18.1 ORDENAMIENTOS INTERNACIONALES	66
19. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA EN EL DEBIDO PROCESO.	68
20. SANCIONES PROCESALES.	76

CAPÍTULO IV

DERECHO DE OPINIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

21. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO DE OPINIÓN DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.	81
22. ELEMENTOS DEL DERECHO DE OPINIÓN.....	88
23. ANÁLISIS DEL DERECHO DE OPINIÓN EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	91
24. DERECHO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, A SER OÍDOS EN LOS PROCESOS JUDICIALES QUE LES AFECTEN, EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE EL SALVADOR.	93
24.1 PROCESOS DE FAMILIA.....	94
24.1.1 <i>Procesos de la Ley Contra Violencia Intrafamiliar</i>	97
24.2 TRATAMIENTO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO VÍCTIMAS Y TESTIGOS EN PROCESOS PENALES.	98
24.3 PROCESO PENAL JUVENIL.	100
24.4 PROCESOS ESPECIALIZADOS EN NIÑEZ Y ADOLESCENCIA	102
25. DERECHO COMPARADO	104
26. FORMAS DE RECIBIR LA OPINIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.	108
27. VALORACIÓN DE LA OPINIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.	110

28. EFECTOS JURÍDICOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA GARANTÍA DE ESCUCHAR Y VALORAR LA OPINIÓN DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LOS PROCESOS QUE LES AFECTEN	111
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	114
BIBLIOGRAFÍA.....	117
ÍNDICE LEGISLATIVO.....	123
ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.....	125
NACIONAL	125
INTERNACIONAL.....	126

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art(s).	Artículo(s)
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
C.E	Constitución Española
C.F.	Código de Familia
C. Pn.	Código Penal
Pr. Pn.	Código Procesal Penal
C.P.C.M.	Código Procesal Civil y Mercantil
Cn.	Constitución de la República de El Salvador
CNJ	Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador
CSJ/C.S.J.	Corte Suprema de Justicia de El Salvador
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
ECOSOC	Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas
ISNA	Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia
L. Pr F.	Ley Procesal de Familia
LEPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
LOPNA	Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente de Venezuela
ONU	Organización de las Naciones Unidas
SC	Sala de lo Constitucional de El Salvador
Sent.	Sentencia
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional de España
T.C.	Tribunal Constitucional de España

INTRODUCCIÓN

El derecho de audiencia es considerado por nuestro sistema jurídico como un derecho fundamental y como un requisito del proceso constitucionalmente configurado; de tal forma que el mismo opera como una garantía, es decir, como una obligación que tiene el Estado de escuchar a la persona previamente a afectar su esfera de derechos, o a privársele de éstos.

La Constitución de la República reconoce a la persona humana desde el momento de la concepción, lo que conlleva que todo niños, niña y adolescente gozan del reconocimiento del Estado como titulares de sus derechos fundamentales, no obstante, esta visión ha sido invisible en la práctica en todos los procesos judiciales, respecto a la participación de la niñez; siendo su intervención en materia procesal bajo la visión de una persona que necesita de la protección del Estado de manera especial, debido a su vulnerabilidad e incapacidad, pero no bajo una consideración de protección por estar en desarrollo, sino que se asemeja a la niñez y la adolescencia con la figura de incapaz.

Esta concepción de la infancia y adolescencia, tiene un cambio esencial y de dimensiones mundiales, con la aprobación y la ratificación de casi todos los países del mundo, de la convención sobre los derechos del niño, la cual marca un antes y después en materia de derechos de infancia, introduciendo derechos de niños, niñas y adolescentes en todas las áreas, desde los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales hasta los de tercera generación para un sector poblacional históricamente vulnerado. Pero la sola entrada en vigencia de la normativa internacional, no necesariamente ha conllevado un cambio práctico en la sociedad sobre la concepción de la infancia, ni en su consideración como titulares de derechos; ya que ha tenido que sortear entre los resabios de un modelo tutelar en el cual el Estado tiene una función de protección a la infancia, pero no integralmente.

Con la presente investigación se pretenden analizar los derechos de la infancia, entre los cuales se desarrollará el derecho de opinión de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales que les afecten, desarrollando brevemente el principio del ejercicio progresivo de las facultades, que permite el ejercicio de los demás derechos de la infancia de forma directa, de acuerdo a la evolución de sus

capacidades; haciendo un análisis de la garantía Constitucional de Audiencia, y analizando si ésta es aplicable al derecho de opinión de la niñez y adolescencia en los procesos judiciales que afectan su esfera de derechos, estudiando asimismo el efecto jurídico que acarrea su incumplimiento.

En el primer capítulo, para comprender la importancia del tema, se hace un análisis histórico del tratamiento de la infancia como tal, y también del reconocimiento de sus derechos a través del tiempo; siendo considerados los niños en un momento histórico, como accesorios de los derechos de los adultos, hasta llegar a la nueva concepción que introduce la Convención, de la infancia como sujetos plenos de derechos, analizando la aplicación directa de dicho instrumento internacional en sus veinte años de vigencia, así como su incidencia en la creación de normativa especializada en niñez y adolescencia en los países latinoamericanos hasta llegar a la adopción de legislación acorde a la protección integral de derechos de niñez, sentando las bases de los derechos de infancia y su condición de sujetos.

El capítulo segundo, desarrolla el principio del ejercicio progresivo de las facultades, el cual sostiene a diferencia de la legislación predominante en materia civil- que los niños, niñas y adolescentes adquieren sus facultades cognitivas, físicas, sociales, emocionales y morales de forma progresiva, de acuerdo a su desarrollo, y que proporcionalmente a ese desarrollo deben ir ejerciendo directamente sus derechos, facultándolos para participar activamente en todos los asuntos que les afecten; señalando que los padres o adultos deben ser guías y propiciar los espacios y condiciones para este desarrollo.

Este principio de la evolución de facultades o ejercicio progresivo de las mismas, debe comprenderse tridimensionalmente, pues tiene una visión fundamentada en la evolución, por la cual debe permitirse la autonomía gradual de la infancia y adolescencia. También tiene una noción de participación que permite que los derechos se ejerzan directamente en proporción a sus capacidades, siendo cada vez menos necesaria la intervención de un adulto en el ejercicio de los derechos del niño. La tercera noción es la referente a la protección, pues si bien es cierto, se pretende que se desarrollen las facultades de tal forma que permitan el ejercicio de los derechos, también reconoce que por encontrarse en formación, la niñez y adolescencia requiere aún de protección, la cual debe ir disminuyendo en relación inversamente proporcional al desarrollo; introduciendo la concepción de la ciudadanía de la infancia y los derechos de

participación plasmados en la Convención y en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, respecto a la infancia y adolescencia, lo cual lleva al ejercicio directo de los derechos, como parte del ejercicio democrático.

En el capítulo tercero, se desarrolla el concepto de garantías jurisdiccionales, haciendo una diferenciación con los derechos, así como la operatividad de los mismos, introduciendo el tema de la garantía de audiencia, sus antecedentes históricos y legislativos, y desarrollando su cumplimiento como parte de las garantías del debido proceso, se explican los alcances de esta garantía aún en los actos de notificación y en los demás actos procesales, siendo importante su cumplimiento en todo momento procesal, es decir, el acceso a la justicia, durante el proceso y en la ejecución del mismo; y por lo tanto se analizan los efectos legales de su incumplimiento en los procesos judiciales, citando jurisprudencia Constitucional al respecto.

En el capítulo cuarto, a partir del abordaje anterior, se hace un análisis del derecho de opinión de la niñez y adolescencia, los elementos del mismo y el alcance del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño; desarrollando lo relativo a la opinión de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia, violencia intrafamiliar, juzgados especializados en niñez y adolescencia, justicia penal juvenil, y los niños, niñas y adolescentes víctimas y testigos en el proceso penal de adultos; haciendo un breve resumen del derecho comparado en lo pertinente con otros países de Latinoamérica. Se desarrolla también lo referente a la forma de recibir la opinión del niño, niña o adolescente, así como la valoración que debe hacerse de tales opiniones y los efectos procesales de incumplir con la garantía de opinión de la infancia, estableciendo de esta forma la importancia de la escucha activa de la niñez y adolescencia, y los efectos legales de tal omisión. Asimismo, se detallan un selecto número de conclusiones y recomendaciones que conllevan un aporte práctico.

CAPITULO I

LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

SUMARIO: 1. Consideraciones Preliminares. 2. Antecedentes Históricos. 3. Legislación Internacional sobre derechos de infancia. 4. Convención sobre los Derechos del Niño. 4.1 Estructura de la Convención. 4.1.1 Preámbulo. 4.1.2 Artículos de Fondo. 4.1.3 Disposiciones Generales. 4.2 Aplicación Directa de la CDN. 5. La doctrina de la Situación Irregular. 6. La Doctrina de la Protección Integral de los derechos. 7. Interés Superior del niño, niña y adolescente. 8. Reforma Legislativa en Latinoamérica. 9. Reforma Legal en El Salvador

1. Consideraciones preliminares

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

No obstante, lo anterior, la ley primaria y los instrumentos internacionales de derechos humanos, reconocen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues al entenderse personas, gozan de toda la protección legal y de las garantías estatales, haciendo algunos de ellos, alusión especial a la infancia. Es decir, que la niñez y adolescencia posee todos los derechos que corresponden a los seres humanos, pero además tienen derechos especiales derivados de su condición, asignando en la doctrina actual, roles específicos para que la familia, la sociedad y el estado, coadyuven a la garantía de los mismos¹.

¹ BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano*. 1ª Ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008, p. 109. Al respecto existen diferentes actores que desarrollan la importancia de los instrumentos internacionales en la efectivización de los derechos de niñez y adolescencia, pues a partir de la firma de la Convención de los Derechos del Niño, se marca un antes y un después, el cual ha sido desarrollado por autores latinoamericanos, señalando la importancia de hacer un cambio estructura y de visión de la niñez y adolescencia. En el mismo orden, Farith Simon, en su obra *Derechos de la Niñez y Adolescencia*, refiere que a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del niño, en el año 1989, impulsó cambios significativos en la región de América Latina, con la finalidad clara de provocar transformaciones en el ámbito de la práctica, y señalando que la construcción de los derechos de niñez, ha iniciado en la legislación internacional a través de dos puntos esenciales: la evolución de la percepción de la niñez y la consolidación del derecho internacional de

La categoría de infancia como una etapa diferente en la vida humana, fue construida en el mundo occidental en el siglo XVII, pues inicialmente los niños no tenían ningún derecho y eran considerados como objetos, de tal forma, que se consideraban una pertenencia de los padres o pertenecían al Estado, quien podía decidir sobre su vida o muerte. Esta situación era aún más grave en el caso de los hijos de los esclavos, pues los dueños de los padres podían disponer plenamente de todos sus derechos, pudiendo venderlos y disponer de su vida, sin intervención del Estado².

A partir de ese primer momento, surge una lenta evolución de la visión de la infancia desde la cosificación del niño, la figura del incapaz, al hijo de familia con algunos derechos esenciales garantizados por la familia, considerando posteriormente que el niño como futuro ciudadano debe formarse, garantizándole la educación entre otros derechos, evolucionando de una visión de niñez como objeto de protección, para llegar a una visión integral del niño como sujeto pleno de derechos. Sin embargo, actualmente existe una práctica en la cual no se incluye la visión de los niños como personas, sino como propiedad de los adultos, ya que el tutelar sus derechos conlleva ingresar en el ámbito de su desarrollo primario, es decir; dentro del hogar, esta teoría ha ido evolucionando a partir de la Declaración de los Derechos del Niño, hasta llegar a una visión del niño, como sujeto de derechos humanos³.

En este orden de ideas, la suscripción de la Convención sobre los Derechos del Niño⁴- en adelante Convención o CDN- así como su proceso de ratificación y el de reforma legislativa, representan una condición importante para la transformación de la realidad socio jurídica de derechos humanos de la

derechos humanos. SIMON, Farith, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. 1ª ed., Cevallos Editorial Jurídica, Quito, 2008, pp. 39,163. Respecto a la influencia de los instrumentos internacionales Mónica Pinto, señala en su obra *Los Derechos Humanos del Niño*, que la noción de derechos humanos proviene de la segunda posguerra mundial, y en este contexto se insertan los derechos de los niños, consolidando con el tiempo, la Convención sobre los Derechos del Niño. En *La Familia en el Nuevo Derecho*, coordinado por Marissa Herrera, 1ª Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009.

² SIMON, Farith, *Derechos de la Niñez y Adolescencia: De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. 1ª ed., Cevallos Editorial Jurídica, Quito, 2008, p.31. El autor refiere que el niño era visto como un objeto, de tal forma que aún se utilizó el asesinato de niños, como control retroactivo de natalidad, lo que permite divisar que ni aún el derecho primordial de la vida, era considerado sujeto de tutela.

³ PINTO, Mónica, *Los Derechos Humanos del Niño* en AA.VV. HERRERA, Marissa, *La Familia en el Nuevo Derecho*, 1ª Ed. Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 115.

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de fecha 20 de noviembre de 1989. Publicada en D.O. 108, Tomo 307, 9 de octubre de 1990.

niñez. En esta nueva realidad, debe involucrarse el Estado, la sociedad y el mundo jurídico, para lograr la evolución real en la consideración del niño como un ser necesitado de protección, hasta posicionarlo en su categoría de sujeto pleno de derechos⁵.

Es así como la CDN marca un antes y un después en cuanto a derechos de niñez y adolescencia, pues construye una nueva relación entre Estado, familia y niñez, creando con ella un nuevo modelo de protección, en el cual los niños pierden la calidad de objetos de protección del Estado, e que implica por parte de este último, el reconocimiento del niño como titular de derechos fundamentales, debiéndose con esto efectivizar de manera concreta el ejercicio de esos derechos, con respeto al principio del ejercicio progresivo de sus facultades.

En este sentido, desde 1924 hasta 1989, siendo este último el año en que se sancionó la CDN, el derecho internacional fue dando forma al concepto de infancia y adolescencia, fundamentado en el respeto de sus derechos humanos y en su calidad de personas⁶. Este nuevo concepto es una construcción de alrededor de casi un siglo, en el que se ve la importancia de respetar los derechos de niños, niñas y adolescentes; comprendiendo que los mismos no pueden ser tratados desigualmente por motivos de su edad, y además, que el ejercicio de sus derechos por sí mismos, conforme a la evolución de sus facultades, es principalmente para la formación de su identidad y autonomía, todo ello con la finalidad de construir estados democráticos con ciudadanos educados en ese modelo.

⁵ BARATTA, Alessandro, *Democracia y Derechos del Niño*, AAWW *Justicia y Derechos del Niño*, 1ª Ed., UNICEF, Chile, 2007, p. 19. El autor expone que los derechos del niño deben evolucionar de tal forma, que se evolucione la visión de la niñez y se respete la calidad de sujetos de derechos de la niñez.

⁶ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA, *Ley de Protección Integral de Niños, niñas y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada Anotada Concordada*. 1ª ed., Buenos Aires: Ediar, 2007, p.13. La evolución de los derechos de la infancia en el derecho internacional marcan cambios trascendentales en la doctrina y en la visión de infancia, a través en un primer momento de declarar los derechos humanos, como derecho también de la niñez, y posteriormente, evolucionando a fundamentar los derechos de infancia en principios rectores que dan un giro al concepto del niño, pasando a ser sujetos plenos de derechos, con facultades en desarrollo que permiten ejercitar sus derechos por sí mismos, como parte de un Estado democrático.

2. Antecedentes históricos

La construcción social e histórica de la categoría de niñez como sujeto de derechos, es relativamente reciente, ya que actualmente es necesario estudiar los rasgos distintivos de la niñez y además la necesidad de garantizar su desarrollo integral. Siendo la Convención, el primer instrumento internacional ratificado por El Salvador que introduce la concepción de niñez como sujeta plena de derechos y la que señala por primera vez derechos sociales, civiles y políticos a una población inicialmente marginada, representando uno de los mayores esfuerzos a nivel internacional, en materia de derechos de la infancia, como se ha referido en el apartado anterior⁷.

Históricamente puede establecerse que antes del siglo XVIII no existía distinción alguna entre la niñez y la adultez, porque el niño se integraba por completo a la vida del adulto sin tener atención particular, permaneciendo en el anonimato, pues no existía registro de su existencia; y es hasta el siglo XVI, que a través del derecho de educación, se comienza a visibilizar la etapa de la infancia como una fase formadora, escolarizando al niño y separándolo de su medio social básico, y comenzando una formación para la etapa adulta⁸.

La concepción de la infancia en la cultura occidental, surge hasta el siglo XX, con una diferenciación de la etapa de infancia de la de adultez⁹, de igual forma, al recorrer la historia se puede descubrir, que la

⁷ DEL MORAL FERRER, Anabella J., “El derecho de opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño” en *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, Vol.I, N° 2, julio- diciembre 2007, p 73.

⁸ MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, 1ª Ed. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998 pp.109-115. El autor desarrolla un capítulo sobre la familia y los hijos, estudiando los antecedentes del niño, desde la edad media hasta la modernidad, señalando que en la edad media el niño estaba integrado por completo a la vida del adulto, sin diferenciarse uno de otro, a tal punto que no se inscribían ni registraban a los niños, siendo el único interés el linaje perpetuado, existiendo ausencia del sentimiento de infancia.

⁹ SIMON, Farith, *op. cit.* p. 19 Históricamente, en la cultura occidental, es Philippe Ariés, historiador francés, quien en 1962 puso de manifiesto la etapa de la infancia, distinguiéndola de la etapa adulta, y señalando diferentes fuentes que le permiten concluir que los niños no fueron diferenciados de los adultos. A raíz de tales señalamientos, surgen distintas tesis que complementan o refutan al autor, aduciendo el libro *Historia de la Infancia*, del autor Lloyd De Mause, que a raíz de esa falta de distinción, los niños han sufrido maltratos, porque

condición de infancia en Grecia y Roma, está íntimamente relacionada con la condición de hijo y la pertenencia a una familia, por lo que estaba sometido específicamente a la voluntad de los progenitores. En Atenas, por ejemplo, la patria potestad, que es el derecho que el padre ejercía sobre el hijo, conllevaba la potestad de disponer sobre la vida y la muerte del hijo, incluyendo el derecho de venderlo como esclavo, derecho de corrección, la facultad de darlo en adopción a otra familia, así como la designación y cambio de nombre e incluso el repudio. La consideración que se hacía en Grecia, para las necesidades de la infancia, era debido a que se les consideraba futuros ciudadanos, y como tales, debían de tener preparación, siendo un derecho exclusivo para los hijos de los ciudadanos¹⁰.

En la antigua Roma, el *pater familis* como amo y señor de su familia, tenía derechos absolutos sobre los hijos, de allí surge la antigua noción de autoridad parental, que está conectada necesariamente con el poder del padre y la dependencia absoluta del niño, dentro de esta estructura familiar jerárquica¹¹. Es decir, que en ese momento histórico, la niñez y adolescencia estaba invisibilizada bajo la figura de la incapacidad, que anulaba totalmente el ejercicio de sus derechos.

En la época justiniana se introducen en Roma reformas al régimen familiar, como la concesión de derechos hereditarios a los hijos, el recorte al padre de familia de algunos poderes que tenía antes en calidad de sacerdote y magistrado de los derechos de su familia. Posteriormente, con la llegada del cristianismo surgen algunos cambios en los derechos de la infancia, pues los principios religiosos permean la visión de justicia, intentándose con ello regular el infanticidio desde la visión del pecado; cambiando algunos principios que hacen que la paternidad deje de ser un derecho absoluto y se vuelva un deber de asistencia y protección¹².

eran solamente objeto de proyecciones de los padres, y su obligación era satisfacer las necesidades de los adultos, señalando diferentes etapas de las relaciones paterno filiales, atendiendo a la edad y desarrollo.

¹⁰ SIMON, Farith, *op. cit.* pp. 31-32. El autor señala el derecho de educación, pero el mismo no es un derecho de toda la niñez, sino que es exclusivo para los hijos de los ciudadanos, de tal forma que pudieran ser preparados para ejercer la ciudadanía en el futuro.

¹¹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I. 1ª ed., Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006, p 550. El *pater familis* es una figura con tanta fuerza, que a partir de ella ha surgido el denominado derecho de autoridad parental.

¹² SUAREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia*, 7ª Ed. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, p. 7. Al respecto, se ha modificado en la doctrina la figura de autoridad parental por la de responsabilidad parental, la cual reconoce los deberes paternos y su responsabilidad en el desarrollo integral.

Dentro del auge del cristianismo la iglesia católica comienza a influir en la educación, en la época en la cual la mayor parte de centros educativos eran dirigidos por religiosos, teniendo control de la niñez desde una perspectiva de protección, la iglesia asume también una función protectora institucional por medio de orfanatos¹³.

En la edad media, a raíz de la dura situación, la alta tasa de mortalidad infantil y la importancia de la preservación, se realizan regulaciones sobre los derechos de patria potestad, suprimiendo el derecho de los padres de disponer de la vida de sus hijos y estableciendo los quince años como la mayoría de edad¹⁴. A finales de la edad media, se considera el castigo físico como inadecuado y se fortalece el derecho de educación de la infancia, restando importancia jurídica a los demás derechos¹⁵.

En los siglos XV y XVI, marcados por el renacimiento, las mejoras económicas en algunos países, permiten la construcción de mejores viviendas y de ciudades, esto viene a fortalecer las familias nucleares y la educación de niños y niñas; esta última, marcada también por la reforma de la iglesia, que buscaba controlar con pedagogía, los instintos de los niños para evitar su inclinación al mal. Se gesta un cambio de actitud respecto al niño, atendiendo a su bienestar físico, y se comienza a estudiar la infancia como tal¹⁶.

En el siglo XVII, gracias al triunfo de las instituciones escolares y el desarrollo de disciplinas como la psicología y la pediatría, se impone al mundo occidental una infancia de larga duración, en la cual los

¹³ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos Humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, 1ª Edición, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 2008, p. 25. En esa etapa entra el derecho de educación a la infancia como una tarea formadora para los hijos de los ciudadanos, y al mismo tiempo surge una visión protectora de la niñez, a través de instituciones en que la iglesia asumía la vivienda y alimentación de los niños, pero aún en esa época, no se protegía al niño por su condición de sujeto de derechos, sino bajo una visión de protección por su incapacidad.

¹⁴ *Ibid.*, p. 27. La autora señala que el Estado en un afán de protección ante a situación de la infancia, hace reformas legales que restan derechos a los adultos responsables sobre la vida de los niños.

¹⁵ SIMON, Farith, *op .cit.* p.33. El autor señala que la edad media en general empeoró la situación de los derechos de la niñez, pues por la crisis económica, los niños se incorporan a la edad productiva a partir de los cinco años de edad; siendo hasta finales de esa época que se observa el castigo físico excesivo como algo inadecuado, marcándose algunas diferencias entre los adultos y los niños, de donde surge el vocablo menor, para referirse a toda persona que no hubiese cumplido los veinticinco años.

¹⁶ GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *op. cit.* pp.32-34. El cambio social marca el fortalecimiento familiar y consecuentemente los derechos de educación de la infancia, iniciando una visión formadora esta etapa.

padres se interesan en el cuidado y la atención individual de sus hijos, y la familia se reorganiza en torno al niño. En esta etapa, la escuela toma una nueva misión de iniciación social de la infancia¹⁷.

En el siglo XVIII, como efecto de la revolución francesa y la ilustración, como también las primeras declaraciones de los derechos del hombre, se presentan cambios significativos en la concepción del ser humano, así como la igualdad y dignidad, lo que implicó un cambio en relación a la infancia, pues a pesar que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano no dispone específicamente ninguna norma a favor de la infancia; esto conllevó la creación de dos instituciones sociales que se ven transformadas: la escuela y la familia, y estas tienen una incidencia significativa sobre la consideración de la infancia, pues la familia se vuelve un lugar de afecto que se constituye el medio principal de formación y desarrollo del niño; y la escuela se constituye un lugar de formación¹⁸.

En la evolución de derechos de infancia, el siglo XX marca una etapa de numerosos cambios legales y doctrinarios, como una necesidad de sentar parámetros de respeto y protección mínimos y a la vez, como una respuesta a las dos guerras mundiales acaecidas a principios y mediados del referido siglo. En este periodo se intensifica la creación de normativas de carácter internacional, marcando la consolidación de los derechos de infancia y adolescencia y a la vez, modificando la visión de la sociedad acerca de los niños, niñas y adolescentes; pues con posterioridad a la revolución industrial y la consecuente explotación de la niñez, se crean las primeras leyes de protección de la infancia, que busca la regulación de la jornada laboral y la debida socialización del niño¹⁹.

La CDN entra a la escena como una figura emancipadora de estos antiguos conceptos de niñez y a la vez, como constructora de un concepto de ciudadanía para todos, no a futuro, sino en el pleno sentido de la palabra, expandiendo los derechos de la infancia como una forma esencial de democracia;

¹⁷ MIZRAHI, Mauricio Luis, *op. cit.* pp. 114-115. El autor sostiene que el cambio dado en el siglo XVII, es radical, a tal punto que la infancia pasa de ser invisible, a ser un factor indispensable de la sociedad, aun con afecto obsesivo. Además, que la escuela servía como un inicio de la socialización, separando a los niños del mundo contaminado de los adultos.

¹⁸ SIMON, Farith, *op. cit.* p.35. Con el auge de la escuela, cesó la cohabitación del niño con los adultos, separando al niño de su familia para prepararle para el mundo; constituyendo la familia, ya no en un lugar de formación, sino de afecto; y la familia comienza a organizarse en torno a los niños, volviéndose irremplazables, y limitando el número de los hijos para darles una mejor atención.

¹⁹ *Ibid.* p. 37. El siglo XX está marcado por las dos guerras mundiales, y las subsecuentes etapas de postguerra que abrieron una condición de crisis social, en la cual los derechos de infancia no eran prioritarios.

considerando a los niños según sus atributos y derechos ante el Estado, la sociedad y la familia, es decir, como una época de desarrollo efectivo y progresivo de su autonomía, desde lo personal, social y jurídico; ejercitando por sí mismo sus derechos fundamentales²⁰.

3. Legislación internacional sobre derechos de infancia.

Referirse a cualquier derecho de niños, niñas y adolescentes, y sobre todo de la protección integral de los mismos, requiere estudiar los antecedentes históricos y normativos de la doctrina de protección integral, que en orden cronológico ascendente van desde la Declaración de los Derechos del Niños en Ginebra, en el año de 1924; la Declaración Universal de los Derechos Humanos²¹; pasando por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José, que desarrollan derechos humanos en general, incluyendo en estos los derechos de la infancia, hasta llegar a la Convención sobre los Derechos del Niño; sin omitir la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 1959, en la que se establecen un cúmulo de derechos de los niños, que son desarrollados posteriormente en la CDN.

Haciendo una breve reseña de lo anterior, debe referirse que después de la primera guerra mundial, en 1924, la Asamblea General de la Sociedad de Naciones, reemplazada posteriormente por la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Declaración de Ginebra, que fue el primer instrumento de carácter internacional en materia de derechos de niñez, pues el objetivo era llamar la atención sobre el compromiso de la humanidad hacia la infancia, impulsando con ello una reforma legal que incluyera un cambio en las costumbres y en la visión de la infancia. Esta reforma se basó en cinco principios básicos: 1) el desarrollo del niño material y espiritualmente; 2) la satisfacción de necesidades de niños en situaciones de hambre, extravío, retraso, orfandad y abandono; 3) la prioridad de atención en los

²⁰ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA. *Derecho Constitucional de Familia... op. cit.* p.540. El autor señala que la Convención es aprobada en un momento histórico de vulneración de los derechos de la infancia, imponiendo el principio de corresponsabilidad.

²¹ La declaración Universal de los Derechos Humanos, emitida por la Organización de las Naciones Unidas en el año de 1948, desarrolla respecto a los derechos de infancia, el cuidado especial de la maternidad y establece el principio de igualdad de los hijos independientemente de su filiación

casos de calamidad; 4) la protección contra la explotación; y 5) la educación del niño para poner sus cualidades al servicio de sus hermanos²².

Sobre la base de esta declaración, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, preparó el proyecto de Declaración de los Derechos del Niño²³, aprobado por unanimidad el 20 de noviembre de 1959, dirigiendo su contenido a los responsables de la protección de los derechos, y no a la humanidad en general; teniendo como novedad, la incorporación del interés superior, incluyendo diez principios, como los son: el disfrute de derechos, bajo el principio de igualdad y no discriminación, la protección especial para el desarrollo integral, el nombre y la nacionalidad, derechos de salud y seguridad social, atención especial ante discapacidad, la obligación de cuidado de los padres y supletoriamente el Estado, educación gratuita y obligatoria bajo el principio del interés superior, prioridad en atención de sus necesidades, protección contra abandono, crueldad o explotación, y protección ante cualquier tipo de discriminación²⁴; siendo dicho proyecto, ya ratificado por Naciones Unidas, uno de los textos que sirvieron de base para la Convención sobre los Derechos del Niño; sin embargo, esta declaración no tenía fuerza legal vinculante para los Estados, y sus principios fundamentales era la protección especial del niño, la no discriminación y el derecho del niño al desarrollo físico y moral²⁵

En los años posteriores hubo algunos logros en materia de regulación de derechos de niñez y adolescencia, que se desarrollan en diversos instrumentos de derechos humanos, incorporando áreas de educación, salud y vida familiar, todo esto sin ser instrumentos específicos de protección de

²² SIMON, Farith, *op. cit.* pp. 40-41. La Declaración de Ginebra, fue aprobada por las Sociedad de Naciones, el 26 de diciembre de 1924; buscando una declaración de derechos, pero también una efectivización de los mismos, aunque bajo una visión de niñez como objetos de protección.

²³ El Consejo económico y social de las Naciones Unidas (ecosoc), es uno de los órganos constituyentes de las Naciones Unidas, y se encarga de asuntos económicos, sociales y ambientales del mundo. <http://www.un.org/es/ecosoc/about/> consultado el diez de octubre de 2012. Este ente fue el encargado de elaborar el proyecto de la declaración de los Derechos del Niño, que surge en el año de 1959, a partir de la declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 1948, como una manifestación de voluntad de los Estados, de proteger a la infancia de los posibles abusos del ejercicio Estatal, para lo cual, se trabajó un proyecto que básicamente trasladaba la declaración de derechos del niño, elaborada por *Save the Children* aprobada en 1924, con leves enmiendas, a efecto de consolidar un documento de reconocimiento de derechos humanos, en el ámbito de especialidad de la niñez.

²⁴ SIMON, Farith, *op. cit.* pp. 43-46. El autor señala la importancia como antecedente de la Declaración de los derechos del niño, en la construcción de los derechos de infancia.

²⁵ BARATTA, Alessandro, *op. cit.* p. 22. El autor reconoce como único documento especializado en derechos de niñez, anterior a la CDN, la Declaración de los Derechos del Niño, señalando que a pesar de ser una declaración aceptada por los gobiernos, no tenía fuerza vinculante para los Estados, a diferencia de la Convención.

derechos de infancia, pues se planteaban serias dudas, por considerarse que al crear leyes específicas podrían entrar en contradicción con los derechos paternos y crear derechos de infancia fuera de los familiares.

La Organización de las Naciones Unidas declaró el año de 1979, como el año Internacional del Niño, con lo cual, se fijó la atención internacional nuevamente en los derechos de infancia. En ese momento se inició la redacción de la Convención sobre los Derechos del Niño, por iniciativa del gobierno polaco, alargándose la redacción de la misma por diez años, surgiendo en ese lapso de tiempo, dos documentos no vinculantes como son, el primero las Reglas de Beijing, nominadas Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores; y el segundo, la Declaración sobre los Principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional. Mientras tanto, la Convención avanzaba a paso lento, logrando su culminar su redacción en el año de 1988, y siendo adoptada por consenso el día ocho de marzo de 1989, y aprobada finalmente el día veinte de noviembre de ese año de forma unánime, coincidiendo esta aprobación, con la celebración del décimo aniversario del año Internacional del Niño²⁶.

En materia de derecho internacional es importante mencionar lo que ha representado en materia de derechos humanos, la competencia de la Corte Interamericana de Justicia, a través de la aplicación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, por la cual se refieren para Centroamérica, dos antecedentes importantes en la garantía de derechos de niñez y adolescencia, como son la condena al Estado de El Salvador por la desaparición de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz²⁷, que sienta un

²⁶ SIMON, Farith, *op. cit.* pp. 47-62. El autor sostiene que desde la Declaración de 1959, a pesar de existir diversa legislación internacional que de alguna u otra forma refería derechos de infancia; la niñez aún era vista como objeto de protección, por lo cual entrar a legislar sus derechos con carácter vinculante, llevaba a un temor de invadir los derechos de los padres sobre la niñez; por lo cual en el lapso de treinta años, la legislación internacional más vinculante la constituyen las Reglas de Beijing, que son de aplicación en el área de justicia penal juvenil; y la Declaración sobre los Principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, que es de aplicación en lo referente a adopciones y colocación institucional, dejando de lado durante esos treinta años, cualquier legislación que obligara a los Estados a cambiar la visión de los derechos de niñez y adolescencia, con carácter general, modificando por lo tanto el trato de la niñez en todas las materias, en los países partes.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia 12.132 del 1 de marzo de 2005. En esta sentencia, se condena al Estado de El Salvador por la desaparición de las niñas Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, de siete y tres años de edad respectivamente, condenando al Estado por la vulneración del acceso a la justicia, por el

precedente sobre la responsabilidad estatal en la garantía de los derechos humanos, siendo las víctimas dos niñas de tres y siete años de edad, recayendo la condena en acceso a la justicia, protección y derecho de identidad entre otros; y la condena internacional contra el Estado de Guatemala, en la sentencia Villagrán Morales y otros contra el Estado de Guatemala²⁸, por la vulneración del derecho a la vida, integridad personal, libertad personal, garantías judiciales y protección judicial, en contra de un grupo de adolescentes y jóvenes, que es internacionalmente conocido como el caso de los niños de la calle, y en el cual la Corte Interamericana activa las garantías fundamentales de las víctimas a través de una condena internacional en materia de derechos humanos.

4. Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño marca un antes y un después en el estudio de los derechos de infancia y adolescencia, considerándose el instrumento internacional más importante en esta materia por las siguientes razones: primero, por la forma especial de su aprobación y ratificación, y segundo, por incorporar un mínimo de derechos para la infancia a nivel mundial, además de marcar esta Convención una serie de principios que cambiarían definitivamente la concepción de la infancia y adolescencia, dando también un viraje en las políticas públicas como en las legislaciones internas y sobre todo, garantizando todos los derechos de niños, niñas y adolescentes.

La CDN se aprobó por unanimidad en la Asamblea General de las Naciones Unidas, el veinte de noviembre de 1989, siendo ratificada por veinte países en un plazo menor de un año, a partir de su aprobación; siendo históricamente el tratado de derechos humanos más ratificado hasta la fecha, en atención a la vulnerabilidad y necesidad de protección de la niñez; esta no fue ratificada por los países de Estados Unidos y Somalia. En América Latina, al ratificarse la misma entra en contradicción con el modelo imperante, conocido como tutelar, el cual consistía en que el Estado tutelaba los derechos básicos de la niñez por medio de la medida de internamiento, ya fuera víctima o victimario, a través de una declaración del niño, niña o adolescente como en situación irregular, lo cual podía ser cuando era

derecho de identidad y no adoptar las medidas necesarias para dar con su paradero. En www.corteidh.or.cr consultado el 30 de octubre de 2012.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia 11.383 del 19 de noviembre de 1999. En esta sentencia, se condena al Estado de Guatemala por la desaparición y por el incumplimiento de las garantías judiciales en contra de adolescentes y jóvenes. En www.corteidh.or.cr consultado el 30 de octubre de 2012.

vulnerado en sus derechos, por pobreza o por infringir la ley penal indistintamente. Con el nuevo modelo que introduce la Convención se reconoce a los niños como ciudadanos, sujetos plenos de derechos, lo que conllevó que posteriormente se denominara doctrina de protección integral²⁹.

Por su naturaleza, la CDN constituye un contrato en el que toda la comunidad internacional – excepto Somalia y Estados Unidos de América- han acordado un tratamiento mínimo para la infancia, que consiste en que cada uno de los Estados se obliga a respetarla, de tal forma que si un país que ratifica la Convención, no cumple tal compromiso, puede ser sancionado internacionalmente; pudiendo ser denunciado ante el Comité de Ginebra, o ante un tribunal internacional. Es decir, que a través del cambio en la situación jurídica de la niñez introducido por la Convención, deben modificarse sustancialmente sus condiciones de vida y la garantía de los derechos de la niñez, lo que se adquiere como una obligación estatal. No obstante lo anterior, la CDN admite reservas³⁰.

Asimismo, como una forma de revisar y actualizar el contenido del tratado, de forma adicional a los compromisos adquiridos en el texto, han sido aprobados dos protocolos facultativos a la Convención, sobre aspectos relativos el primero a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; y el segundo, a la participación de niños en conflictos armados; ambos entrados en vigor en el año 2002³¹.

Entre los puntos introductorios más importantes de la CDN, pueden citarse la definición de niño, como toda persona hasta los dieciocho años de edad; también el derecho a la no discriminación como una

²⁹ BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano*, *op. cit.* pp. 1- 13. La autora, en su visión de los derechos de infancia en el sistema interamericano, reconoce a la CDN como el origen de la modificación internacional en el modelo de tratamiento de los derechos de infancia, atribuyéndole el inicio de la reforma en el modelo de atención de los derechos de niñez, pero también en la reforma legislativa de los países suscriptores y ratificantes de la misma, sosteniendo que a diferencia de la Declaración de los Derechos del Niño, la CDN tiene un mecanismo de coerción al Estado, para hacer efectivo el compromiso adquirido al ratificarla, pudiendo en caso de incumplimiento, ser sometido a un tribunal internacional..

³⁰ Una reserva es una declaración unilateral de un estado, por medio de la cual excluye o modifica el efecto legal de alguna disposición, siendo su función principal salvaguardar intereses particulares, siempre que sea compatible con la finalidad y el objeto de la convención; tal como aclara el artículo 55 de la CDN

³¹ SIMON, Farith, *op. cit.* p. 72. El autor señala dos protocolos facultativos a la CDN; el primero relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y utilización de niños en pornografía, entrado en vigor el 18 de enero de 2002; y otro, relativo a la participación de niños en conflictos armados, entrado en vigor el 12 de enero de 2002, el cual prohíbe reclutamiento forzoso y no participación de adolescentes en enfrentamientos hostiles.

expresión del principio de igualdad, asegurándose con esto que cada Estado lo aplique a todo niño sin distinción alguna como parte de la integralidad de sus derechos; además introduce el principio del interés superior del niño, que actúa como un criterio de interpretación para garantizar todos sus derechos, actuando también como un límite; el principio de corresponsabilidad entre el Estado, la familia y la sociedad; desarrollando que se entenderá mínimamente por cada uno de los derechos consignados en su articulado; e introduciendo el ejercicio progresivo de los derechos por los niños de acuerdo a su desarrollo.

La CDN, manda apartarse del caduco concepto de infancia, forjado por adultos que ignoraban las garantías y derechos fundamentales de niñez y adolescencia, asumiendo una nueva función en la que el interés superior del niño, niña y adolescente, va sujeto a otros principios como el ejercicio progresivo de sus derechos y la visualización de la niñez como sujetos de sus derechos; es decir, con una nueva visión axiológica, en la que si bien es cierto, se ve la titularidad de sus derechos, también se da un trato prioritario y preferencial a la niñez, por ser éstos sujetos en desarrollo, introduciendo además el concepto de la evolución de las facultades como un pilar en el ejercicio de cualquier derecho ³².

4.1 Estructura de la Convención

La CDN fue redactada en el contexto temporal anterior a la caída del muro de Berlín, por lo que el enfoque de la misma es global, sin divisiones de generaciones o grupos de derechos protegidos, conviviendo en ella todos los derechos civiles, económicos, sociales, políticos y culturales; atados a un eje particular: el niño³³.

³² SALOMÓN, Marcelo J. La C.D.N. y el Derecho Reglamentario Argentino: En búsqueda de la eficiente protección de la Niñez. En AAVV *Los Derechos de los Niños, niñas y Adolescentes*, Directora Nora Lloveras, Coordinadora María de los ángeles Bonzano. 1ª ed., Alveroni Ediciones. Córdoba. Argentina.2010. pp.98-100.

³³ PINTO, Mónica, *op. cit.* p.119. La Convención representa una novedad en la agrupación de derechos, pues condensa en un mismo tratado derechos de todas las generaciones, aún civiles y políticos, para la infancia y adolescencia.

En este contexto, para lograr los amplios consensos requeridos para la aceptación universal del tratado, se reguló la CDN de una forma que no resultaran definiciones tan categóricas, siendo planteada como una meta y como una ley protectora de la infancia³⁴.

Formalmente, la Convención de los Derechos del Niño al igual que todas las convenciones, desde un punto de vista estructural, se divide en tres partes: 1) preámbulo, 2) artículos de fondo y 3) disposiciones generales, los cuales es necesario analizar brevemente, por la importancia en cuanto a reformas, tanto en la legislación como en la doctrina, que impulsa este instrumento.

4.1.1 Preámbulo.

El preámbulo, a diferencia de lo que muchos han plantado, es una parte medular y sumamente importante en la CDN, pues lejos de ser un contenido poético, encierra la riqueza medular de los cambios introducidos con este documento internacional, declarando la integridad inherente en la niñez, recordando los antecedentes internacionales y la especial atención que requiere la infancia, como un grupo fundamental en la sociedad, introduciendo como un elemento fundamental la importancia de la familia como medio natural para el desarrollo de la niñez; planteando en sus trece párrafos, que a través de la cooperación internacional pueden mejorarse las condiciones de la vida de los niños, especialmente de aquellos que se encuentran en condiciones excepcionalmente difíciles, planteando la intención no solo de proteger a los niños de vulneraciones en sus derechos humanos, sino también de crear condiciones favorables a través de la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad, que permitan una participación activa de los mismos, respetando la evolución de sus facultades³⁵.

³⁴ BELOFF, Mary, Quince años de vigencia de la Convención de los Derechos del Niño en la Argentina, en AA.VV. HERRERA, Marissa, *La Familia en el Nuevo Derecho*, op. cit. p.135. La autora sostiene que debido al contexto político, la redacción de los conceptos en la CDN no es categórica, buscando de esta forma un consenso para su firma y ratificación; señalando a manera de crítica, que la CDN en su redacción señala los derechos como “un techo” y no como piso, es decir, que no se señalan mínimos, sino máximos en la protección de la niñez.

³⁵ WEINBERG, Inés M., Directora *Convención Sobre los Derechos del Niño*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 67. La autora sostiene que el preámbulo de la Convención contiene la esencia misma y se constituye un elemento de interpretación de las normas contenidas en la misma.

Las función principal del preámbulo como marco filosófico, es la de establecer la vinculación del instrumento con los principios de la Naciones Unidas, señalando los antecedentes de la misma, pero también relaciona la existencia de situaciones que hacen necesaria su redacción. A pesar que el valor normativo del preámbulo es limitado, y que además no señala obligaciones para los Estados ratificantes, su utilidad principal es la de servir de instrumento de interpretación de las disposiciones de fondo, recogiendo en su contenido el motivo esencial de la adopción del tratado³⁶.

Los primeros tres párrafos del preámbulo, vinculan el contenido de la Convención con los principios señalados en la carta de las Naciones Unidas, recordando la igualdad ante la ley en la protección de los derechos; asimismo un cuarto párrafo hace referencia a cuidado y asistencia especial de la infancia; los párrafos quinto y sexto, introducen la necesidad de la protección familiar, el párrafo séptimo desarrolla el derecho de educación como preparación para una vida independiente, retomando en párrafo octavo, la necesidad de protección especial de los niños.

El párrafo noveno, que señala desde cuando se considera que se gozan de los derechos consagrados en la Convención, fue objeto de amplia discusión, debido a que distintos países que tienen legalización del aborto, se oponían al reconocimiento de la niñez desde el momento de la concepción, por lo cual se redactó del tal forma que respetara la visión de los países suscribientes, logrando con tal redacción, la ratificación de la CDN, señalando los párrafos siguientes, referencias de antecedentes en materia de instrumentos internacionales de protección a la niñez, la incorporación de los derechos de niños en circunstancias particularmente difíciles y referencia al respeto de los valores culturales de cada pueblo, finalizando con una reiterada visión de la importancia de la cooperación internacional para hacer efectivos los derechos de la infancia³⁷.

³⁶ SIMON, Farith, *op. cit.* p 87. El autor señala que de acuerdo al artículo 31.2 del Convenio de Viena sobre el derecho de los Tratados “*para efecto de interpretación de un tratado, el contexto comprenderá además del texto, incluido su preámbulo y anexos*”, pudiendo ser utilizado para interpretar las disposiciones de fondo.

³⁷ *Ibid.* pp. 93-98. El autor sostiene que la discusión para aprobación del preámbulo se llevó en varias sesiones, el las cuales se fueron logrando acuerdos parciales; sosteniendo que es debido a la amplia discusión del preámbulo de la CDN, que se logró una alta incidencia en la ratificación de la misma.

4.1.2 Artículos de fondo

La Convención incorpora al mundo jurídico una serie de principios y derechos humanos de la infancia, planteando en el desarrollo de los mismos contenidos esenciales que funcionan como un límite infranqueable para cualquier arbitrariedad, y por otro modifica un sistema jurídico y la convivencia social en relación a la infancia³⁸

Esta segunda parte de la Convención, está constituida por 41 artículos, que se desarrollan desde la definición de niñez como toda persona hasta los dieciocho años de edad, el desarrollo de los principios que rigen sus derechos y estableciendo disposiciones respecto a derechos de niñez, en todos los ámbitos de su vida, es decir, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, teniendo una visión holística.

La Convención se basa en cuatro principios fundamentales, que son la no discriminación, el interés superior, la corresponsabilidad para la garantía de derechos haciendo énfasis en los derechos a la vida, supervivencia y desarrollo integral, el ejercicio progresivo de las facultades en el cual se señala como de primordial importancia la opinión del niño³⁹.

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

³⁸ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Mary Beloff, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, 1ª Ed., Ed. Temis, Buenos Aires, 1998, p.73. Los autores refieren que los derechos del niño son derechos humanos, y como tales tienen un componente en la construcción de la democracia, señalando que el desarrollo en la Convención debe actuar con la finalidad también de cambiar la convivencia social.

³⁹ SIMON, Farith, *op. cit.* p. 105. Esta definición es retomada por el Comité de los derechos del Niño, y tiene como observaciones la consideración de la interdependencia de los derechos, la inderogabilidad de la ley en condiciones de emergencia y que esos principios deben regir la legislación secundaria de los Estados parte.

tratando de buscar una visión democrática, a cambio de una visión autoritaria, en la cual los niños, al igual que los adultos, poseen derechos personales⁴⁰.

En este articulado los Estados se comprometen a brindar protección a los niños, tanto reactiva como preventivamente, siendo fundamental “el desarrollo integral”, es decir, el desarrollo del niño, no solo en el sentido de suplir sus necesidades físicas, desde una visión adulto céntrica, sino un desarrollo que respete cada una de las fases de la integridad humana, como son lo físico, espiritual, moral, afectivo y psicológico. Esta integralidad también puede verse desde el enfoque de amplitud, es decir, que se relaciona a todos los niños y niñas, sin excepción alguna.

Asimismo, la Convención introduce en el desarrollo la visión de la niñez como sujeta plena de derechos, y desde esta visión se definen derechos de naturaleza civil, política, económica, social y cultural, que van buscando una visión democrática de la infancia, estableciendo una obligación estatal de integralidad de derechos, reconociendo entre otros, derecho a la vida, educación, salud, asistencia en caso de capacidades estatales, protección frente a cualquier forma de explotación, derechos laborales, así como libertad de asociación y expresión⁴¹

4.1.3 Disposiciones generales

De los artículos 42 al 54 de la Convención, se establecen los mecanismos de control para el cumplimiento de la misma, a través de la creación de un comité, encargado de examinar los informes que envían los Estados partes sobre el cumplimiento de la Convención. Asimismo, en ese articulado se diseña el procedimiento para que los Estados ratifiquen o se adhieran a la Convención, contando hasta el año dos mil, con la ratificación de ciento noventa y un países⁴², actualmente, existen adhesiones y

⁴⁰ WEINBERG, Inés M, *op. cit.* p. 68. La autora sostiene que el articulado de fondo señala una de las partes primordiales de la CDN, que son los principios rectores, pues estos como parámetro de dirección, permean toda la interpretación de los derechos como tales, dando una nueva visión de la infancia, lo que es directamente aplicable a la forma de garantizar cada derecho.

⁴¹ SIMON, Farith, *op. cit.* p. 125-132. El autor señala como novedad de la Convención, el reconocimiento de la infancia como sujetos plenos de derechos de lo cual se deriva también la integralidad de los mismos.

⁴² WEINBERG, Inés M, *op. cit.* p.71. La CDN es históricamente el tratado internacional con mayor ratificación en el más corto plazo.

ratificación por parte de ciento noventa y tres países, siendo los únicos dos países que no la han ratificado como se hacía referencia, Estados Unidos de América y Somalia.

No obstante su nivel de adhesión, parte de la indefiniciones de la CDN, lo constituyen la débil exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales, así como el débil mecanismo de control del Estado, debido a que dicho cuerpo normativo respecto a los primeros, señala la progresividad para su cumplimiento, es decir, que cada Estado deberá garantizarlo en la medida de sus posibilidades y de acuerdo a la cooperación internacional, sobre lo que actualmente existe una observación general⁴³.

Se ha entrado a discusión sobre tal cumplimiento, sin tener apoyo al respecto tanto político como económico; y en cuanto a los mecanismos de control, refiere que no hay dispositivos eficaces de garantía y exigibilidad de los derechos, pues el único mecanismo es a través de reportes internos de cada Estado⁴⁴, los cuales difícilmente pueden ser controlados eficazmente, sin contar con un mecanismo de efectividad como el de la Corte Interamericana, que puede llevar aún a sanciones monetarias contra el Estado.

4.2 Aplicación directa de la CDN

A partir de la aceptación internacional – verificada con el alto nivel de ratificación- de la CDN, se planteó en el año de 1990, en la cumbre mundial a favor de la Infancia, celebrada en Nueva York, un plan de acción que efectivizara los derechos contenidos en la misma, ya que se consideraba la Convención como un instrumento de derecho internacional, concebido en el mundo jurídico como una norma de carácter programático; es decir, que su fin principal no es la aplicación directa, si no que se busque la reforma legislativa de los países que la han ratificado, por medio de aprobación y reforma a leyes

⁴³ BELOFF, Mary, *Quince años de vigencia de la Convención de los Derechos del Niño en la Argentina*, en La Familia... *op. cit.* p. 138. Los alcances de la limitación de los derechos económicos, sociales y culturales fueron objeto de un comentario general del Comité en lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos económicos, creándose el 10 de diciembre de 2008 un protocolo adicional que permite presentar denuncias individuales al organismo encargado de velar por su cumplimiento

⁴⁴ *Ibid.* p. 139. La crítica respecto a la CDN es que la garantía de los derechos no puede depender de la progresividad, y mucho menos de la cooperación internacional, siendo la segunda, la debilidad del control que establece la Convención, en cuanto a eficacia de los derechos.

internas que sean acordes a los principios filosóficos y objetivos de la Convención. Esto es una interpretación errónea, pues la Convención en sí misma, constituye un cuerpo normativo de aplicación directa; que en muchos países constituye ley de la República, tal es el caso de El Salvador y en otros forma parte de un bloque de Constitucionalidad, conteniendo normas tal claras, que no es concebible que no sean aplicadas por los jueces y por funcionarios administrativos, bajo el pretexto de no ser jurídicas y por lo tanto, no tener aplicación directa⁴⁵.

No obstante la CDN ha marcado una discrepancia entre la situación internacional de los derechos del niño, y los derechos internos, pues a pesar de la ratificación de la Convención, algunos países tenían legislaciones autoritarias y violentadoras de derechos de la niñez. Esto ha conllevado la elaboración de proyectos legislativos acordes a los principios de la misma, todo ello con la finalidad de acortar de una forma efectiva la distancia entre la situación real y la ideal de la niñez, de tal forma que el valor vinculante de la Convención no debe ser reducido al efecto programático, ni a un valor simbólico en el mundo de los derechos humanos que llevan a una retórica oficial, sino que la Convención en sí misma, representa un reto de implementación de los derechos de la niñez y adolescencia⁴⁶.

Pasados veinte años de la entrada en vigencia de la Convención, existe resistencia de hacer efectivos los principios que la misma establece, ya que en los derechos y las culturas internas de cada país, quedan vestigios de una doctrina tutelar, dando solo la apariencia de adoptar la nueva doctrina de protección integral. En vista de lo anterior, se requiere de un juzgador con un perfil comprometido y que efectivice la doctrina de protección integral de los derechos de la niñez, en una sociedad todavía contaminada con la situación irregular⁴⁷, pues muchos países tienen incluida la CDN en el Bloque de

⁴⁵ BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano op. cit.* p 47- 49. La autora sostiene que en muchos países la Constitución es parte del bloque de Constitucionalidad, es decir, de leyes que están al nivel jerárquico de la Constitución y por lo tanto deben regir el sistema, y no obstante no se le ha dado aplicación directa.

⁴⁶ BARATTA, Alessandro, *op. cit.* p. 19. Si bien es cierto, se reconoce el carácter legal de la Convención, el autor hace referencia al contenido programático de la misma, en el sentido que los países que han ratificado la misma, han optado por reformas en sus legislaciones internas, ya sea crean do leyes especiales, o adaptando las existentes al contenido de la CDN, alegando que falta voluntad política para realizar esfuerzos eficaces.

⁴⁷ COSTA SARAVIA, Joao Batista, *El perfil del Juez en el nuevo Derecho de la Infancia y Adolescencia, AAWW Justicia y Derechos del Niño*, 1ª Ed., UNICEF, Chile, 2007, p. 235. El autor hace referencia a Brasil, en el sentido que a pesar de haber ratificado la Convención, se sigue aplicando un modelo de situación irregular “travestido” de protección integral, pues la cultura jurídica y social, no permite una aplicación directa e

Constitucionalidad y otros, le han atribuido el carácter de legislación secundaria, lo que permite que los funcionarios hagan una aplicación directa y preferente de dicha normativa, en el ámbito interno.

El perfil del aplicador de la CDN, presupone un operador calificado, con sólidos conocimientos de derecho Constitucional y derechos fundamentales, y con conocimiento del contenido que fundamenta el nuevo sistema de protección de derechos de la niñez desde la integralidad de sus derechos, resolviendo conflictos afines a un segmento especializado del derecho, aún sobre derechos colectivos o difusos de esta población; siendo de suma importancia que además de la formación jurídica tenga también un compromiso de transformación social⁴⁸.

En El Salvador, la CDN es ley de la República desde mil novecientos noventa, insertando en el sistema normativo, una serie de principios que deben regir toda la actividad administrativa y judicial en garantía de los derechos de la infancia y adolescencia; ya que las normas internacionales debidamente ratificadas por el Estado, interpretadas a la luz de la Constitución de la República, constituyen ley secundaria de aplicación directa, que deberían haber plasmado un cambio radical en la visión y en la garantía de los derechos de la infancia, sin esperar más reformas legales.

Es por ello que la CDN, reclama de jueces, abogados y funcionarios en relación directa o indirecta con derechos de niñez, un trabajo jurídico capaz de hacer efectivos los derechos reconocidos a esa población que es en muchos casos, la más vulnerable, sin esperar que la legislación se adecue a dicho instrumento internacional, cumpliendo de esa forma, con los compromisos adquiridos como Estado, de tomar las medidas necesarias para la garantía de los derechos de la niñez⁴⁹. Asimismo, se ha buscado para los casos de niñez y adolescencia, funcionarios con un perfil académico pero también con compromiso por la infancia, realizando concursos para las judicaturas de infancia y previo a la

inmediata, por lo cual debe buscarse un perfil de juzgador, que tenga una visión comprometida con la efectividad de la CDN.

⁴⁸ COSTA SARAVIA, Joao Batista, *op.cit.* p.239. El autor sostiene que al surgir un nuevo derecho, con la CDN, debe también surgir un nuevo perfil de juez, ya que de no existir un juez capaz de operar el nuevo derecho, no habría eficacia normativa.

⁴⁹ BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano op. cit.* p.55. La autora sostiene que la forma de efectivizar los derechos de la infancia, es a través de funcionarios comprometidos, que tomen las decisiones necesarias a favor de la infancia.

conformación de ternas se ha capacitado a los aspirantes en doctrina de protección integral y en lo relativo a programas y políticas públicas a favor de la infancia, lo que ha llevado en la práctica a tener funcionarios innovadores en las prácticas judiciales, respetuosos de la calidad de los niños, niñas y adolescentes, y respetuosos de sus derechos.

5. La Doctrina de la situación irregular

La doctrina de situación irregular o modelo tutelar, tiene como uno de sus pilares, la concepción de los niños como objetos de protección, a partir de una definición negativa de estos actores sociales, que nace del desconocimiento o incapacidad de la infancia, y bajo esa visión, los vuelve “objetos de protección”. Con esta visión y ante la falta de políticas sociales adecuadas, el modelo tutelar crea entidades y jueces que dispongan medidas consistentes en internar a estos sujetos, con fines supuestamente protectores, volviéndose estos funcionarios, no solamente administradores de la ley, sino también ejecutores de la misma y generadores de una especie de política social, a través de sus decisiones⁵⁰.

El modelo tutelar, se encuentra enmarcado dentro de la escuela etiológica⁵¹, reproduciendo criterios criminológicos del Siglo XIX y principios del siglo XX, entre ellos, la pobreza, marginalidad y delincuencia; lo cual permea las prácticas y las instituciones de este modelo; que legitima que por las condiciones personales de la niñez, se habilita al estado a intervenir, para legitimar de esta forma, la institucionalización indefinida, como un tratamiento adecuado a favor de la infancia⁵².

Esta doctrina de situación irregular debe su nombre al hecho que ante cualquier situación, ya sea que un niño, niña o adolescente, se encontrase en condiciones de pobreza, hubiese sido víctima de

⁵⁰ WEINBERG, Inés M., *op. cit.* pp.99-100. La Autora sostiene como una crítica, que se busquen respuestas a problemas sociales, a través de la judicialización de problemas, en lugar de crear políticas sociales efectivas para garantizar los derechos de infancia.

⁵¹ La escuela etiológica es la que se refiere a las causas de los fenómenos, pues se declara a un niño, niña o adolescente en situación irregular por encontrarse vulnerado de sus derechos o por ser infractor de la ley, y con la sola declaración, nace el derecho del Estado a tutelar a dicho niño o adolescente. Una crítica a esta visión es que la causa de la declaración es generalmente de naturaleza social y se busca una respuesta jurídica para ello.

⁵² BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano op. cit.* p.21.

maltrato, vulnerado en sus derechos, o hubiese sido victimario de un delito, se le declaraba en “situación irregular” o en conducta irregular, y tan solo con esa declaración se habilitaba al Estado a intervenir decidiendo lo mejor para el niño, niña o adolescente, en sustitución de sus representantes, quienes se presumían no les garantizaban sus derechos.

Originalmente su denominación de modelo tutelar, nace como una respuesta al tratamiento que se daba a los adolescentes en conflicto con la ley, quienes no eran tratados en los procesos penales, de forma distinta que los adultos, siendo la única diferencia la duración de las penas. Es por ello que se creó una jurisdicción especializada en “menores”, en la cual el Estado actúa en reemplazo de los padres, puesto que dichos menores no tenían capacidad legal plena para actuar, por lo que se requería como elemento clave, una atención centrada en el bienestar, por medio de una intervención tutelar benevolente, por parte del juez⁵³.

Los principales rasgos de este modelo tutelar, pueden resumirse en cuatro: 1. Los niños, niñas y adolescentes, son considerados como objetos de protección; 2. Se confunde – en cuanto al tratamiento que se otorga- víctimas y victimarios; 3. El juez opera como tutor; y 4. Las medidas de protección privilegian el acogimiento en instituciones de forma indefinida. En cuanto al primer rasgo, puede decirse que la idea de protección que plantea el modelo tutelar es una protección especial, basada en que el Estado- ya sea por la autoridad administrativa o judicial- tome las medidas que considere necesarias, sin considerar ningún límite, siendo el derecho más importante de la niñez, el de ser protegida de esta forma, por jueces o autoridades que reemplazan la figura de progenitores; es decir funcionarios que cuiden al menor de edad, y no que garanticen los derechos del niño, como persona. A raíz de esa idea de protección, se vuelve innecesario el cumplimiento de procedimientos y garantías judiciales y administrativas, pues no se considera a los niños como ciudadanos, y además es inconveniente para un funcionario sin límites, la intervención de abogados⁵⁴.

⁵³ SIMON, Farith, *op. cit.*, p 166. Es decir, que ante la presunta incapacidad del niño o adolescente en conflicto con la ley, se le declara en situación irregular y el Estado asume el papel de tutor, decidiendo lo que es mejor para el justiciable.

⁵⁴ *Ibid.* p.167. El autor sostiene que la no distinción entre víctimas y victimarios en este modelo, deriva de la visión de la persona como objeto, pues con la declaración de situación irregular, o de abandono, se asume por parte del Estado, su cuidado en reemplazo de los padres, independientemente de la causa de tal declaración

En El Salvador, el sistema de protección estatal ha sido regido por este sistema, de tal forma, que aún después de veinte años de entrada en vigencia de la CDN y a dos años de la LEPINA, se tiene un alto número de niños en instituciones de acogida, siendo la mayor deuda estatal la creación de programas de apoyo y políticas que permitan la superación de las causas por las cuales se han dictado las institucionalizaciones, siendo en la mayoría de los casos, a causa de la pobreza; extendiéndose las medidas de internamiento hasta la mayoría de edad, viéndose como única solución a los problemas de vulneración de derechos de la infancia, existiendo una gran cantidad de centros de acogida que hacían firmar a los padres que renunciaban a sus derechos y que los niños podían permanecer en el centro de forma indefinida, sin que mediara en muchos casos, resolución judicial al respecto.

Esta forma de considerar a los niños, niñas y adolescentes como menores objetos de protección, es porque se consideran seres incompletos, incapaces, que requieren de un tratamiento especial; puesto que se supone que la niñez no sabe, no tiene y no es capaz, por lo que también su opinión es irrelevante⁵⁵. Es decir, que esta visión de menor, en lugar de ser garante de sus derechos es en realidad restrictiva de los mismos, porque no considera su desarrollo integral, sino su necesidad de protección, conforme a la visión de un adulto; resumiéndose esta protección, no a la integralidad de sus derechos, sino a aquellos derechos básicos que el adulto funcionario considera que son los necesarios para su desarrollo, sin considerar en ese desarrollo, los factores psicológicos, emocionales y morales.

La función judicial en este modelo, está relacionada con la ejecución de políticas sociales, teniendo el juez, muchas y diversas funciones como juez, padre, defensor, acusador y decisor; siendo el comportamiento esperado del juez, el de un buen padre de familia. El juez tiene facultades omnímodas de disposición e intervención sobre el niño⁵⁶. Esto se debe a que los postulados de esta doctrina- señalados en este mismo apartado- traen como consecuencia que el juzgador supla la falta de políticas

⁵⁵ BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano op .cit.* pp.24-25. Al respecto, en el Informe del Foro de Legisladores provinciales por los derechos de los Niños, niñas y adolescentes. Estado de avance de la adecuación nacional y provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina. Tendencias y perspectivas. Buenos Aires, 1998; se señala literalmente que la doctrina de situación irregular, concibe a los niños como un objeto de protección a partir de una definición negativa de la infancia, bajo una definición basada en que *no saben, no tienen o no son capaces*.

⁵⁶ BELOFF, Mary, *op. cit.* p. 28. Es decir, que se requiere un juez no bajo un sistema dispositivo, sino un juez que inicie oficiosamente, decida sin necesidad de un proceso con las garantías legales y que cumpla su papel de protección a la niñez, desde la visión protectora tutelar.

adecuadas a las necesidades de la infancia, y que ante la ausencia de programas para fortalecer social o económicamente a la familia, se disponga internar a los niños, para protegerlos⁵⁷.

De vital importancia en la identificación del modelo tutelar, resultan las medidas de protección que se toman, pues ante la visión de la niñez como incapaz, y en estado de riesgo o irregular, desaparecen las garantías que deben servir como límite al Estado, y para efecto de proteger a la niñez, se le priva de libertad⁵⁸. Esto se realiza por medio de internamientos en instituciones que proveen de un todo, que incluye vivienda, escuela y alimentación; es decir, destinadas para que los niños permanecieran en ese lugar, hasta que cumplieran su mayoría de edad, criminalizando la pobreza, pues se privaba de libertad a la niñez, por la falta o carencia de recursos materiales de sus responsables⁵⁹.

6. La Doctrina de la Protección Integral de los derechos

En Latinoamérica, con la aprobación de la CDN, en 1989, inicia un proceso de reformas, no solamente normativas, sino también en la visión de la infancia y adolescencia como sujetos plenos de derechos, y por lo tanto, titulares de garantías fundamentales, las cuales deben garantizarse en base a los principios rectores. Este cambio radical en la visión de la infancia, requiere dismantelar un aparataje jurídico e ideológico de modelos tutelares e iniciar un sistema garantista que implique la posibilidad de la infancia de acceder a todos los derechos que les garanticen una ciudadanía plena, construyendo un nuevo proyecto de sociedad⁶⁰.

⁵⁷ WEINBERG, Inés M., *op. cit.* p.100. Una de las características del modelo tutelar es dar respuesta jurídica a los problemas sociales, de tal forma que en lugar de crear programas para la incorporación de la familia, el medio jurídico es internar el niño y tenerlo protegido de esa forma.

⁵⁸ BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano op. cit.* p. 30 Es decir, que el ámbito de protección priva de los derechos a la infancia, pues la medida por excelencia dentro del sistema, es el internamiento en una institución, restando importancia a los demás derechos así como a las garantías de todo proceso.

⁵⁹ SIMON, Farith, *op. cit.* p.172. En el mismo orden que la nota anterior, el autor sostiene como un error, una medida de protección que de una solución al problema social de la pobreza, en lugar de crear políticas efectivas para la garantía de derechos.

⁶⁰ CORTES MORALES, Julio, “A cien años de la creación del primer tribunal de menores y diez años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: El desafío pendiente”, en AAWW *Justicia y Derechos del Niño, op. cit.* p. 156. La única forma de construir una sociedad democrática, es a través de la garantía de los derechos de la infancia.

Con el término doctrina de la protección integral, se hace referencia a un conjunto de instrumentos internacionales, que marcan un salto cualitativo en la consideración social de la infancia, siendo el antecedente directo, la Declaración Universal de los Derechos del Niño; siendo estos instrumentos, el fundamento de la doctrina, entre los cuales destacan la CDN y sus dos protocolos facultativos, los cuales son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para Administración de Justicia Juvenil, conocidas como reglas de Beijing; las reglas mínimas para jóvenes privados de Libertad, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil⁶¹.

No obstante lo anterior, sería un error limitar su alcance solamente al contenido de la normativa de derechos humanos de carácter internacional, pues este concepto de protección integral, debe estar basado además, en una nueva concepción de la niñez, con un paradigma de ciudadanía de la infancia, que no se limita a un cambio nominal de menor a niño, sino que exige un estado jurídico de plena participación y titularidad de todos los derechos fundamentales⁶².

La doctrina de protección integral se fundamenta en cuatro rasgos principales: a) la visualización de la niñez como sujetos plenos de derechos y no como objeto de protección, reconociendo por lo tanto que todo niño, niña y adolescente es titular de todos los derechos y puede ejercerlos; b) la integralidad, basada en el reconocimiento de todos los derechos para todos los niños, niñas y adolescentes; c) la diferenciación en el tratamiento de víctimas y victimarios; y 4) la diferenciación entre la protección jurídica y la protección social⁶³. Esta etapa marca una diferencia fundamental en el sistema de justicia y en la instancia administrativa, porque significa que el poder ilimitado del funcionario, se ve restringido –

⁶¹ SIMON, Farith, *op. cit.* p.174. Al respecto, Isabel Fanlo Cortés, en Los Derechos del Niño y la Teoría de los Derechos, señala que para América Latina, otro instrumento internacional que constituye y postula como tal la doctrina de protección integral, es el Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil, emitido como ley el trece de junio de 1990, el cual en concordancia con la CDN acentúa la calidad de sujeto de derechos de la niñez y adolescencia, constituyendo un cambio fundamental del paradigma, y reconocer en los instrumentos de derechos humanos, una herramienta para la garantía real de los derechos de la infancia. FANLO CORTES, Isabel, en *AAWW Justicia y Derechos del Niño, op. cit.* p. 161.

⁶² GARCÍA MENDEZ, Emilio, *Infancia, Ley y Democracia, op. cit.* pp. 42-43. El autor sostiene que el cambio radical en la Doctrina de Protección Integral, radica en el reconocimiento de la calidad ciudadana del niño, a través de los principios de ejercicio progresivo y la consideración de sujeto de derechos; alegando que hay exclusión histórica de la niñez en cuanto a la participación y ejercicio de los derechos; y que no puede existir democracia, si no hay una ciudadanía; lo cual incluye a la niñez en su calidad subjetiva.

⁶³ SIMON, Farith, *Op. cit.* p.175. El autor señala la importancia de no judicializar la pobreza y dar respuesta a la vulneración de los derechos sociales.

al igual que cualquier ciudadano- por las garantías constitucionales y los principios básicos de derechos humanos que cada uno posee.

Varían antagónicamente todas las circunstancias que marcan el sistema tutelar, de tal manera que ante la justificación de la niñez como objetos, se sobrepone la visión de niñez como sujetos plenos de derechos; de tal forma, que en la medida de su madurez y desarrollo deben ejercerlos personalmente. La doctrina reconoce esa condición de evolución que se tiene en la etapa de niñez. Ante el trato igualitario a niños víctimas de vulneración y adolescentes en conflicto con la ley, surge la separación de procesos y autoridades, así como la visión distinta de medidas de protección adecuadas a la problemática a tratar, siendo necesario el cambio de un juez tutor, a uno que se ocupe de cuestiones estrictamente jurisdiccionales, interviniendo solamente en caso que haya vulneración de derechos, limitando su intervención a las garantías constitucionales, debiendo tener conocimientos específicos en temas vinculados con la infancia; y las medidas de protección a dictar cambian drásticamente, siendo la medida de institucionalización o internamiento, como la última opción, debiendo buscar medidas que restrinjan la menor cantidad de derechos, y que potencien y restablezcan los derechos vulnerados, siempre en respeto de la corresponsabilidad que señala la CDN, entre Estado, familia y sociedad⁶⁴.

7. Interés Superior del niño, niña y adolescente

En las legislaciones anteriores a la Convención- y lamentablemente en algunas posteriores- el interés superior de la infancia era un objetivo social deseable, que quedaba en las manos de un aplicador benevolente, bajo una interpretación de esquema paternalista, que consideraba de acuerdo a su potestad protectora, actuando como una orientación a la conciencia del juzgador para tomar la decisión correcta, ante la falta de orientación jurídica más concreta y específica⁶⁵.

⁶⁴ BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano op. cit.* p. 38. La autora realiza un cuadro comparativo entre la doctrina de situación irregular y la de protección integral, señalando los cambios más significativos entre ambas, señalando los cuatro puntos básicos de la primera, los cuales tienen un tratamiento antagónico bajo la visión de la niñez como sujeta de derechos.

⁶⁵ CILLERO BRUÑOL, Miguel, en “El interés superior del niño en el marco de la Convención sobre los derechos del niño” AA.VV. *Justicia y Derechos del Niño, op. cit.* p. 135. El autor señala la arbitrariedad que ha implicado históricamente este término, interpretándose como una facultad interpretativa subjetiva del juzgador.

Es decir, que el interés superior de la infancia ha funcionado en el mundo jurídico como un cheque en blanco que permitió que quien tuviera que decidir, obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros funcionarios estatales no relacionados a la infancia⁶⁶. En concordancia con la convención, el interés superior, se constituye un principio interpretativo sistemático de sus disposiciones, pero en reconocimiento del carácter integral de los derechos de la infancia, utilizándose no para restar derechos, sino para interpretar en caso de conflicto jurídico, bajo una ponderación objetiva, llenando vacíos legales; bajo reglas de máxima operatividad y mínima restricción de los derechos⁶⁷.

Al hacer alusión al interés superior, no hay duda del mensaje que el legislador transmite, sino del contenido que el aplicador de justicia debe darle, pues debido a la ambigüedad del lenguaje jurídico, puede existir más de una interpretación razonable, teniendo los jueces la discrecionalidad de escoger la que consideren más apropiada⁶⁸, lo que se aparta de la visión tradicional del juez como mero aplicador de la norma. Pero el juez al aplicar la normativa, debe atender a hechos y normas debiendo interpretar y comprender ambas realidades⁶⁹.

Esta ambigüedad en el lenguaje y el desconocimiento esencial del principio del interés superior del niño, niña o adolescente, han llevado a interpretaciones de lo que el tribunal o juez consideran mejor para el niño, sin respetar el contenido real de este principio en la garantía de los derechos de la infancia. Un ejemplo de lo anterior, es la sentencia 268-2009 del Tribunal de Sentencia de La Unión, en la cual se conoció del delito de violación en menor o incapaz, en la cual, la víctima era una adolescente de catorce

⁶⁶ BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano op. cit.* p.16

⁶⁷ CILLERO BRUÑOL, Miguel, *op. cit.* pp. 137-139. El autor sostiene que el principio del interés superior, ordena una ponderación de derechos de la niñez, que garantice la satisfacción de sus derechos, y que una correcta aplicación del principio, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados, así como los que puedan afectarse con la resolución judicial, debiendo asegurarse la garantía de la mayor cantidad de derechos y la mínima restricción de los mismos, haciendo un balance no solo en cuanto al número de derechos, sino a la importancia o ponderación de los mismos, en relación al desarrollo de todas las áreas de la infancia.

⁶⁸ HART, Herbert, *El debate Hart- Working*, El Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 1997, p. 34. Hart y su opositor Working, montaron un conocido debate sobre el papel de los jueces, la relación entre el concepto y la moral y la relación del derecho, en el cual, Hart sostiene que ante la posibilidad de varias interpretaciones fundadas, el juez tenía la discrecionalidad de escoger una de ellas.

⁶⁹ ILUNDAIN, Mirta, en “El Interés superior del Niño (Lo importante es el intérprete)”, AA.VV. HERRERA, Marissa, *La Familia en el Nuevo Derecho, op. cit.* p. 201. La autora sostiene la importancia del intérprete en la aplicación del principio del interés superior, y señala que el aspecto negativo de la discrecionalidad del juzgador, es que detrás del mismo se esconden prejuicios, concepciones e intereses sutiles que pueden apartar del verdadero significado del mismo.

años, quien quedó en estado de gravidez a raíz de la violación, dando a luz una niña que resultó según la prueba de ADN, hija del imputado; siendo la parte acusada el profesor de la referida adolescente, quedando establecido que la adolescente tenía catorce años al momento de la violación. No obstante establecerse los hechos y la culpabilidad del acusado, el tribunal hace una interpretación en el sentido que era pertinente condenar e imponer la pena privativa de libertad, pero considerando que si se condena al imputado, no le pasaría pensión alimenticia a la niña hija de la víctima y además la niña perdería el beneficio del seguro social, por lo cual, absuelven al acusado, dejando impune el acto delictivo⁷⁰.

El interés superior de la niñez debe operar como una pauta para actuar por parte del funcionario; pero también como una forma para interpretar y aplicar la ley, pudiendo obrar como limitante de los derechos del mismo niño, niña o adolescente, todo esto si fuera lo mejor para su interés. Es importante determinar que no resulta sencillo medir su alcance, porque deberá calificarse y definirse en cada caso, de acuerdo a parámetros de la evolución social, pero buscando siempre una protección integral⁷¹. Es decir, que *“la noción del interés superior del niño... cumple una función correctora e integradora de las normas legales, capaz de llenar los vacíos de la Ley y neutralizar la aplicación de preceptos que se juzgan contrarios a los derechos del niño”*⁷².

La CDN en su artículo 3, consigna el principio del interés superior, señalando que en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones, una consideración primordial a que se atenderá,

⁷⁰ TRIBUNAL DE SENTENCIA DE LA UNIÓN, Sentencia 268/2009, del 5 de noviembre de 2009. En lo que respecta a la valoración del interés superior, la sentencia literalmente consigna: *“se origina un conflicto de valoración en el presente caso, dado que está acreditada suficientemente la responsabilidad penal del acusado, lo cual amerita la imposición de una pena. Es aquí cuando se entabla un conflicto de valoración que incide o afecta los derechos de la menor ... directamente, pues en caso de imponerse una pena de prisión al padre de la menor, se le dejaría de proporcionar la manutención y seguro médico que la niña requiera. Por ello, este Tribunal es del criterio de valorar “El interés superior del niño”... Basándonos en el anterior fundamento, el tribunal considera de forma unánime, que en caso de emitirse un fallo condenatorio se perjudicaría severamente el interés superior de la menor... vulnerando los derechos que ya se mencionaron. Por tales razones, este Tribunal es del criterio unánime de absolver de responsabilidad penal al imputado...”*. Esta sentencia es una muestra del mal uso que se hace del principio del interés superior, y del desconocimiento de la protección integral de los derechos.

⁷¹ WEINBERG, Inés M. *op. cit.* p. 102

⁷² GROSSMAN, Cecilia, *Los Derechos de los niños en las relaciones de familia en el final del Siglo XX. La responsabilidad del Estado y la sociedad civil en asegurar su efectividad*, citado en PINTO, Mónica, *op. cit.* p. 122. Es decir, que este principio suple los vacíos legales a través de líneas de interpretación.

será el interés superior; lo cual es una definición ambigua que dio lugar a la discrecionalidad de los adultos; pero es salvable si se hace una lectura basada en los fines mismos de la Convención y se tiene como base fundamental de toda interpretación, la consideración del niño como sujeto pleno de derechos, debiendo entenderse como la plena satisfacción de los derechos⁷³.

La única interpretación posible del principio del interés superior, es identificar este interés, con los derechos reconocidos en la CDN, debiendo primar los derechos, sobre cualquier consideración cultural que pudiera afectarlos, sin constituirse en una vía para relativizar tales derechos. Es decir, que el interés superior del niño es la satisfacción integral de sus derechos, debiendo considerarse como una garantía, porque toda decisión debe fundamentarse primeramente en sus derechos; como una norma de interpretación, y finalmente, debe operar como una directriz del Estado, para formular políticas públicas de infancia, permitiendo el ejercicio de sus derechos y el perfeccionamiento de la vida democrática⁷⁴.

8. Reforma legislativa en Latinoamérica

En América Latina, ha habido dos grandes etapas de reforma en lo que se refiere a derechos de infancia. La primera, entre los años de 1919 a 1939, que introduce la llamada justicia penal de menores; separando con ello el tratamiento de adultos y personas menores de edad en los procesos penales. La segunda etapa, es la que inicia en el año de 1989, con la entrada en vigencia de la CDN, y se mantiene hasta la fecha, tratando de unir tres coordenadas fundamentales: infancia, ley y democracia, tratando de construir un nuevo modelo de infancia, que lleve la condición jurídica plasmada en la Convención, a una condición material de la infancia⁷⁵.

⁷³ DEL MORAL FERRER, Anabella J., *op. cit.* p.92 El interés superior requiere de la plena satisfacción de todos los derechos, y la decisión debe ser la que garantice la mayor parte de ellos por el mayor tiempo posible, haciendo una ponderación objetiva.

⁷⁴ CILLERO BRUÑOL, Miguel, en “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño” AA.VV. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Mary Beloff, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, 1ª Ed., Ed. Temis, Buenos Aires, 1998, p.71.

⁷⁵ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Mary Beloff, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, 1ª Ed., Buenos Aires, Ed. Temis, 1998, p.12. El autor sostiene que la justicia penal juvenil es parte de la construcción de los derechos de la infancia

Debido a la escasa o nula aplicación directa que logró la CDN, y al sistema de control establecido que obligaba a rendir informes periódicos sobre su cumplimiento, a los Estados Partes, se dio origen a una serie de reformas legislativas, iniciadas por Brasil, refiriendo un cambio profundo no solo en los contenidos de la ley, sino en los mecanismos de producción del derecho, a efecto de crear un derecho para todos los niños, y no solo para aquellos que se encontraban en la llamada situación irregular⁷⁶.

El objetivo primordial de la reforma, consiste en construir leyes a partir de procesos sociales de participación, realizando una construcción jurídica que sobrepase los modelos anteriores, y que vaya más allá del área penal juvenil, adecuando de esta forma la normativa interna a los parámetros de la Convención, con el único fin de fortalecer la exigibilidad de los derechos de la niñez; siendo la crítica más férrea, el hecho de ser una reforma solamente de carácter formal, en la cual persiste, aún en las leyes promulgadas, sesgos del modelo tutelar y discursos retóricos de reconocimiento, sin definir mecanismos reales para su cumplimiento, ni mecanismos de vigilancia de la correcta aplicación de la Convención⁷⁷

De tal forma, que se inicia un proceso de reformas del derecho interno de los países partes, enfocadas a crear leyes que establezcan claramente los derechos para todos los niños, pero también, leyes que señalen principios básicos de interpretación, que permeen el sistema jurídico – y no solo el especializado en niñez y adolescencia- a efecto de dar una protección integral que aunque parezca redundante, consiste en abarcar todos los ámbitos de todos los derechos y debe ser garante para todos los niños; operando como una acción de discriminación positiva, basado en la vulnerabilidad de la infancia, de tal forma que ante una duda del juzgador, se crea un límite y un sistema de valoración e interpretación, fundamentado en el interés superior de la niñez. Los códigos desde esta perspectiva,

⁷⁶ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Mary Beloff, *op.cit.* p.13. La CDN como parte del bloque de Constitucionalidad o ley secundaria en los países que la suscribieron, tenía aplicación directa; no obstante, fue necesario un proceso de reformas legislativas que volvieran efectivos los derechos consagrados. Bajo ese contexto, Brasil emitió el Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil, emitido como ley el trece de junio de 1990, siendo pionero en un proceso de reforma legislativa interna, a efecto de adecuar las normativas nacionales a los parámetros de la CDN.

⁷⁷ VILLALTA, Georgina, *Entre Avances y Retrocesos, estudio de la situación de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en Centroamérica 1998- 2005*, 1ª Ed. Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 2005, pp. 129-130. La autora realiza un análisis de la implementación de reformas a las legislaciones internas centroamericanas, como un método efectivo para garantizar los derechos de la niñez, en vista de la inaplicación directa de la CDN en Centroamérica.

significaron un fortalecimiento del sistema interamericano de los derechos humanos, pero también un flujo de políticas públicas, de creación de instituciones y organismos como los defensores de los niños, institutos del niño, entre otros, que demuestran su vinculación con los derechos de la infancia. En este sentido, el estudio de los códigos de la niñez nos muestra el marco en el que se mueven las legislaciones nacionales y su adaptación a las realidades de cada uno de los países de la región⁷⁸.

9. Reforma legal en El Salvador

El Salvador ratificó la CDN dos meses después de su adopción, suscribiéndola en enero, y ratificándola en abril de 1990, siendo un plazo sumamente ágil en relación a los demás tratados internacionales, pudiendo referir como ejemplos, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que data de 1966, fue firmado y ratificado por El Salvador, en 1979; y su protocolo facultativo, que también es de 1966, fue ratificado hasta el año 1995, es decir, trece y veintinueve años después, respectivamente. La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 fue suscrita y ratificada por El Salvador, en 1978; y su protocolo adicional proclamado en San Salvador, El Salvador, en 1988, fue suscrito por el país, en 1995⁷⁹.

De tal forma, que con la ratificación de la CDN, se inicia el proceso de adaptación de la normativa interna de El Salvador, a la CDN, jugando un importante papel en esta reforma legislativa, la firma de los acuerdos de paz, que pone fin al conflicto armado interno; así como una reforma constitucional tendiente a solidificar el Estado Constitucional de Derecho⁸⁰.

⁷⁸ DÁVILA, Paulí y Luis M^a NAYA, *La Defensa De Los Derechos De La Infancia en América Latina desde la perspectiva Legal. Una Visión Educativa*. Revista Educación XXI, Tomo 14.1, año 2011, p.204.

⁷⁹ HANANÍA DE VARELA, Karla y Jaime MARTÍNEZ VENTURA, “Comentario al Proceso de Reforma Legislativa en El Salvador” AA.VV. GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y Mary Beloff, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, 1^a Ed., Ed. Temis, Buenos Aires, 1998, p. 542.

⁸⁰ VILLALTA, Georgina, *op. cit.* p.27 El Salvador sufrió una guerra civil entre los años de 1980 a 1992, la cual terminó por un proceso de acuerdos de paz, posterior a una ofensiva en el año de 1989, lo que coincidió con la suscripción y ratificación de la CDN. Posterior a ello, se firman los acuerdos de paz, que dan lugar a reformas constitucionales con importantes aportes en la construcción de un Estado Constitucional de Derecho, creando también la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos en 1992, y la procuraduría adjunta de los derechos de la niñez con especial función de fiscalizar y promocionar los derechos humanos de los niños.

Previo a la entrada en vigencia de la Convención el sistema estatal de protección a la infancia, ha existido un componente administrativo con facultades vigilantes y decisorias a favor de la infancia, de tal forma que se contaba con el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, que comenzó a realizar acciones de tutela, aunque encaminadas al sistema de situación irregular, evolucionando posteriormente de forma nominal al Instituto Salvadoreño para el desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia, que a pesar de representar un anclaje al modelo tutelar, han sido como en toda evolución parte importante en la construcción de los derechos de la infancia en El Salvador.

En este contexto, posterior a 1992, se dieron de forma ágil, modificaciones a la legislación a favor de la niñez, siendo la primera, la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor⁸¹, posteriormente denominado Instituto Salvadoreño para el desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia, ISNA, así también la aprobación y entrada en vigencia de la Legislación Familiar, a partir del uno de octubre de 1994, en la que se desarrolla un apartado sobre los derechos de la niñez y de los principios emanados de la CDN; y la Ley del Menor Infractor, el uno de marzo de 1995, en la que se modifica la justicia penal juvenil, introduciendo la responsabilidad del adolescente, pero también la corresponsabilidad que señala la Convención⁸²; creándose los tribunales especializados de familia y de menores, a nivel nacional, que conocen de las vulneraciones de los derechos de la infancia y los casos de adolescentes en conflicto con la ley, respectivamente, quitándole esa competencia al ISNA; separando el trato de las víctimas y de los victimarios, diferenciando el tratamiento administrativo del judicial, e introduciendo en la normativa procesal, garantías para la niñez y adolescencia.

Bajo esta condición internacional, se aprueba en el año 2009, y entra en vigencia parcialmente en abril del año dos mil diez, y totalmente en enero del año dos mil once, la Ley de Protección Integral de la

⁸¹ La Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor- por sus siglas ISPM- fue decretada por medio del decreto legislativo 983, publicada en D.O. 89, Tomo 318, del 31 de marzo de 1993; y entrada en vigencia el 1 de mayo de 1993; cambiando posteriormente su nombre a Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo integral de la niñez y adolescencia- ISNA- por medio de decreto legislativo 983, Publicado en D.O. del 10.10.2002. <http://isna.elsalvadormultimedia.info/ISNA>, consultado el 11 de octubre de 2012.

⁸² HANANÍA DE VARELA, KARLA, *op. cit.* p.544. La autora sostiene que la mayor modificación se da en lo referente a la introducción de principios de la CDN en ambas legislaciones, trascendiendo que en el ámbito penal juvenil, se desarrolla la responsabilidad penal por el acto y las garantías del justiciado que no ha cumplido los dieciocho años de edad, señalado que en el caso de los adolescentes, la pena privativa deberá ser la última ratio; y que deberá darse una respuesta basada en la corresponsabilidad, es decir, dando una respuesta desde las responsabilidades compartidas de la familia, Estado y sociedad, en la formación del adolescente, buscando una respuesta interdisciplinaria.

Niñez y Adolescencia⁸³, y con ella, se plantean también otras reformas, expresa o tácitamente en el sistema jurídico, orquestándose por medio de esta ley, un sistema de protección distinto, basado en la visión de la niñez como sujetos plenos de derechos, y en principios como el interés superior, el ejercicio progresivo de las facultades, el rol primario y fundamental de la familia, así como la equidad y no discriminación y el principio de prioridad absoluta de la que goza la infancia, señalando que estos deben ser los pilares que fundamenten el sistema de protección y las políticas estatales a favor de la niñez y adolescencia.

⁸³ Por Decreto Legislativo No 839 del 26 de marzo de 2009 y Publicado en el diario oficial No 68 tomo No 383 del 16 de abril de 2009, se promulgo la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA), cuya vigencia se previó a iniciar el 16 de abril de 2010; prorrogándose la *vacatio legis* hasta el uno de enero de 2011, por Decreto Legislativo 320, publicado en el Diario Oficial No 69, tomo No 387, de fecha 16 de abril de 2010, publicó el decreto transitorio, de modificación del plazo para la vigencia del libro II, títulos: I, II, III, V, VI y VII; y los artículos del 248 al 257, 258 letra D) y 259, del Libro III, título VII de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia.

CAPITULO II

EL EJERCICIO PROGRESIVO DE LOS DERECHOS

SUMARIO: 10. Del modelo tutelar a la doctrina de la protección integral. 11. El ejercicio progresivo de las facultades de las niñas, niños y adolescentes. 12. El concepto de precidadanía. 13. Participación. 14. Ejercicio directo de los derechos

10. Del modelo tutelar a la doctrina de la protección integral.

La introducción normativa de la Convención y la doctrina de protección integral, determina una nueva condición en la percepción de la infancia, que ha llevado a adecuar las legislaciones nacionales de Latinoamérica, en algunos casos, desde una visión formal; y en otros, atendiendo a los principios plasmados por la Convención, a través de una lenta adecuación real, que ha ido introduciendo los principios generales de la normativa internacional y las consecuencias jurídicas que ello implica, hasta llegar a una visión de la niñez no como objetos de protección del Estado, sino como sujetos plenos de derechos⁸⁴.

Este cambio debe ser impulsado desde los ámbitos político, histórico, jurídico y cultural, modificando radicalmente desde todas estas áreas, la forma en que se entiende y se trata a la niñez y adolescencia, que anteriormente tenía una visión asistencialista por parte del Estado; debiendo ceder a una visión garantista, en términos de ciudadanía. Es decir, que este cambio va de la visión de menores como objetos de tutela, a considerarlos niños, niñas y adolescentes, sujetos plenos de derechos; lo cual conlleva no solo la creación de un modelo, sino que implica erradicar las prácticas y conceptos preconcebidos, e implementar una nueva visión de la infancia y adolescencia⁸⁵. En esta nueva visión, la definición de protección integral, implicaría un conjunto de acciones, políticas públicas y programas que

⁸⁴ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la Infancia y Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Forum pacis- UNICEF, Santa Fe de Bogotá, 1994, P.83. El autor señala que con la entrada en vigencia de la convención se da un cambio en la visión de la niñez como objeto de compasión y represión hasta llega a la calidad de sujetos plenos de derechos.

⁸⁵ BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano*, *op. cit.* p. 14. Es decir, que para la autora, no basta con la incorporación de la normativa internacional ni la adecuación legislativa interna, el mayor reto lo constituye el rompimiento del modelo anterior – y todas sus prácticas- para implementar uno nuevo.

obligaran al Estado a garantizar con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad, todos los derechos de la niñez, de forma efectiva⁸⁶.

Además de ello, la integralidad como principio de derechos humanos, se refiere a que todos los derechos están ligados unos a otros, interrelacionados e interdependientes, teniendo la misma jerarquía e igual nivel de importancia, por lo que deben ser garantizados, siendo importante destacar que en el caso de la niñez y adolescencia, como sujetos de derechos, gozan de todos los derechos que ostentan los adultos, sin reducciones ni sesgos, adicionándose derechos específicos que les son inherentes en su condición de niñas, niños y adolescentes⁸⁷.

Al hacer un análisis de la condición de la niñez y el cambio introducido con la CDN, se encuentra que históricamente, el niño es ubicado junto con los incapaces; sin considerar distinción alguna entre niños y adolescentes, ni aceptar que los mismos hacen significativas contribuciones en las tomas de decisiones familiares y sociales. De tal forma, que se ha sostenido doctrinariamente, que la representación de un hijo menor- refiriéndose en general a niñez y adolescencia- se encuentra por regla general, en cabeza de los padres, debido al sometimiento legal del hijo a la patria potestad, por lo que para cualquier derecho, la ley confiere la representación a los padres, considerándose de carácter legal, necesario y universal que un adulto ejerza esta representación⁸⁸.

Apartándose de esta visión, la CDN reconoce derechos civiles y políticos a favor de la infancia, siendo las únicas dos excepciones de ejercicio directo que plasma la Convención, el derecho a votar, a ser candidato y tener acceso a la función pública; y el derecho a fundar una familia, fijando una edad

⁸⁶ El autor sostiene que con la integralidad debe buscarse la construcción de soluciones sociales, a través de programas y planes específicos, así como del cumplimiento del principio de corresponsabilidad, apartándose de la visión tutelar de dar respuestas jurídicas a los problemas sociales. TEJEIRO LÓPEZ, Carlos Enrique, Teoría General de Niñez y Adolescencia, 1ª Ed., UNICEF, Colombia, 1998, p. 65.

⁸⁷ SOLIS, UMAÑA, Sonia, *El Enfoque de Derechos: Aspectos Teóricos y conceptuales*, www.ts.ucr.ac.cr 1, consultado el 1 de octubre de 2012. El juzgador no puede en base a la integralidad priorizar solamente algunos derechos, sino que por el carácter de interrelación y ser irrenunciables debe procurar la garantía de todos ellos, siendo su afectación una excepción bajo reglas de ponderación.

⁸⁸ CAMPOS, Roberto D., *Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores*, 1ª Ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 151. El autor recoge una visión de la niñez y adolescencia, con sinónimo de incapacidad, de tal forma que son los padres los que obligatoriamente deben representar en juicio los derechos de los hijos, abarcando según el autor, todos los actos de la vida, siendo la única excepción cuando se esté privado del ejercicio de la autoridad parental, caso en el cual se prevé la figura de un tutor que lo represente.

mínima para dicho ejercicio, entendiéndose que en consecuencia, los demás derechos deben ser ejercidos directamente⁸⁹. Desde esta concepción del niño como sujeto de derechos, se incluye la titularidad y ejercicio directo del niño, niña o adolescente; de tal forma que debe superarse la visión del niño y adolescente incapaz, y abrirse espacio al ejercicio de los derechos, yendo más allá de ser parte formal en un proceso, y poder constituirse en parte real⁹⁰.

La doctrina de protección integral ordena restablecer el principio de legalidad y dar un tratamiento tanto a los adolescentes que cometen delitos, como a aquellos que son vulnerados en sus derechos, posibilitando reacciones estatales por tiempo determinado y limitado, dejando de ver a la niñez en calidad de súbditos, cerrando el ciclo de “salvadores de los niños” e inaugurando una etapa de protección de los derechos de la infancia, de forma integral⁹¹. A pesar de la clara visión de sujetos de derechos que introduce la Convención, el impacto en la sociedad, ha sido mayoritariamente retórico, llevando al cambio de nombre de las instituciones que velan por la niñez y adolescencia, sin que ello implique un cambio real en la condición de la infancia; convirtiéndose en una adecuación formal, sin que muchos de los funcionarios apliquen directamente el tratado internacional, no obstante tener calidad de ley de la República en El Salvador, y gozar del criterio de prevalencia ante el conflicto con la ley secundaria⁹².

Es decir, que más que un cambio de leyes o de instituciones, lo que se requiere es un cambio real en la concepción de la infancia respecto de sus derechos y de su capacidad, que implique una nueva visión de la sociedad, pero también de los funcionarios obligados a velar por los derechos de la niñez y

⁸⁹ SIMON, Farith, *op. cit.* pp. 126-128. El autor señala que al existir excepciones establecidas al ejercicio de los derechos de forma directa, debe interpretarse que todos los derechos que no están restringidos deben ser ejercidos directamente.

⁹⁰ GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro, *El juicio verbal de Alimentos*, 1ª Ed, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2003, pp. 179-180, señala que la de tal forma que aún si un niño, niña o adolescente se presentase a un juzgado a accionar un derecho en contra de las personas que ejercen su representación de acuerdo a la ley, sería obligación del tribunal, el nombrarle un defensor judicial que le asista.

⁹¹ BELOFF, Mary, “La aplicación directa de la Convención Internacional de los derechos del niño en el ámbito interno”, en AA.VV. ABREGU, Martín y Christian COURTIS, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª Ed., Editoriales del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 626-627

⁹² BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano. op. cit.* p. 7. Al respecto, esta autora señala que en América Latina se ha dado una adecuación formal o eufemística, porque se reformaron leyes pero no cambió la concepción; señalando que a partir de la ratificación de la CDN en América Latina, se ponen en evidencia los llamados fraudes de etiqueta, en relación a la infancia y adolescencia, porque en el fondo, nada cambia, solo se trata de nombres vacío de contenido.

adolescencia; pues en el modelo tutelar, se considera a los niños y adolescentes, como sujetos pasivos de las medidas de protección que el Estado toma para proteger sus derechos; y en el modelo de protección integral, si bien es cierto se reconoce que los niños por estar en etapa de desarrollo, requieren de atención especial; reconoce su calidad como sujeto pleno de derechos, y por lo tanto, se abren las puertas al ejercicio directo de sus derechos, en la medida de su desarrollo evolutivo; siendo necesario que se desmonte un modelo y se cree uno nuevo, que lleve como objetivo dejar de lado la figura del internamiento para dar respuestas idóneas a problemas sociales como la pobreza y la marginalidad, creándose a la vez un sistema completo, que vele por cada uno de los derechos de la niñez y adolescencia, a través de los instrumentos universales y nacionales, pero sobre todo, a través del impulso efectivo en reconocer la titularidad y la ciudadanía de la infancia⁹³.

11. El ejercicio progresivo de la facultades de las niñas, niños y adolescentes.

En el mundo jurídico se ha dado un abismo entre la niñez y la adultez, fijando una edad en la cual se deja de ser niño – o adolescente- y se pasa de inmediato a ser adulto, gozando de toda la capacidad jurídica para el ejercicio directo de los derechos; determinando según esa disposición, que los derechos se adquieren automáticamente al cumplir una edad determinada legalmente, pasando de ser incapaz, a adquirir y desarrollar la capacidad necesaria para tomar decisiones acordes a su desarrollo físico y mental, en una fecha específica. De tal forma, que si se es mayor de edad o ciudadano, no solo goza de los derechos que las leyes reconocen a partir del momento de la concepción o del nacimiento, sino que el cambio principal, radica en que el ejercicio de esos derechos, puede hacerse efectivo de forma directa, decidiendo por sí mismo⁹⁴.

A pesar de reconocer la diferenciación de la niñez y la etapa adulta, en razón de la edad y la indefensión o vulnerabilidad, debe haber una distinción en que se sitúe a los niños, niñas y

⁹³ BELOF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano. op. cit.* p. 33. En el apartado sobre la implementación de la doctrina de protección integral, la autora sostiene una férrea crítica a la dificultad de desmontar el modelo tutelar, pues la creación de leyes no es suficiente, exponiendo la necesidad de crear mecanismos de control y garantía efectivos, aún al interior de los Estados.

⁹⁴ El código Procesal Civil y mercantil, señala que las personas menores de dieciocho años de edad son incapaces y que para su actuación procesal requieren de la intervención de su representante procesal, suponiendo con ello que la capacidad se adquiere no por un desarrollo gradual de facultades, sino por el cumplimiento de una edad, estando facultado a partir de una fecha para hacer efectivos sus derechos procesales.

adolescentes, conforme a una doble y básica circunstancia: cuando aún no tiene discernimiento, y cuando ya ha accedido a él; debido a que en cada una de estas etapas existe una modalidad diferente en el ejercicio de sus derechos tanto en sus relaciones cotidianas como ante una autoridad administrativa o judicial, debiendo considerarse que por el rango Constitucional y de derecho internacional que garantiza los derechos de infancia, los operadores deben dar aplicación directa de las normas procedentes de la Constitución y de la Convención de los Derechos del Niño⁹⁵.

La CDN, en su Artículo 5, reconoce el principio de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos, apareciendo los niños en esa disposición como titulares de derechos, con la facultad de ejercerlos por sí mismos, sin que se determine una facultad de los padres u otros adultos de representar a los niños en el ejercicio de derechos fundamentales imponiendo tácitamente a los adultos, la facultad, el derecho y el deber, de impartir al niño dirección y orientación adecuadas para que el niño ejerza sus derechos. Finalmente, la forma que adoptará esa tarea de dirección y orientación irá variando conforme evolucionen las facultades del niño, es por ello que no será igual respecto del ejercicio de derechos por parte de un niño de ocho años que respecto de un adolescente de dieciséis⁹⁶.

Todo niño y niña, a medida que van creciendo, desarrollan facultades cognitivas, físicas, sociales, emocionales y morales, que condiciona la comunicación y la toma de decisiones autónomas. En tanto, una diferencia clave entre la adultez y la niñez, consiste en las suposiciones relacionadas a la adquisición de facultades, desde un punto de vista supuesto por la sociedad como lo es la edad. Este punto de vista legal, supone que todos los adultos han desarrollado los ámbitos de su personalidad para asumir sus decisiones, independientemente de la real posesión de competencias, sin considerar que existen adultos que carecen de la competencia indispensable para asumir la responsabilidad⁹⁷.

⁹⁵ BIDART CAMPOS, GERMÁN, Familia y Derechos Humanos, en AAVV. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas, Tomo I, 1ª Ed., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, p.32.

⁹⁶ COUSO, Jaime, “El niño como sujeto de derechos y la nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía progresiva y derecho a ser oído”, en CILLERO, Miguel y Jaime COUSO (DIR.) Revista de los Derechos del Niño Números tres y cuatro, Andros Impresores- UNICEF, Santiago de Chile, 2006, pp. 150-151. El autor sostiene que la facultad de ejercer derechos autónomamente se va ampliando proporcionalmente al desarrollo de las competencias del niño, y funciona como una garantía creada para evitar que en el nombre de los derechos de los niños se les prive de la posibilidad de intervenir efectivamente en la configuración de sus vidas

⁹⁷ LANSDOWN, Gerison. *La evolución de las Facultades del Niño*, 1ª Ed., UNICEF, Siena, 2005, p. 13. El autor sostiene que la adquisición de competencias es gradual y es una construcción integral, señalando que no

Es decir que en tanto el niño “*adquiere edad y madurez, según definición del legislador o a criterio de los tribunales, para formarse un juicio propio, podrá participar directamente de los asuntos que le incumben*”; sin fijar límites rígidos de edad establecidos por las leyes⁹⁸.

No obstante existir históricamente de manera general una visión de la niñez y adolescencia como incapaces y carentes de competencias para decidir por sí mismos; que mantiene sus efectos en cuanto a la capacidad desde el punto de vista civil, permeando así la visión formalista en la mayoría de países de Latinoamérica existe desarrollo de la justicia penal juvenil o legislación de menores, como se llamó en su oportunidad; por la cual, se juzga generalmente a adolescentes, que cometen un delito, teniendo responsabilidad por sus actos y teniendo derecho de audiencia en un juicio con las garantías emanadas de sus derechos fundamentales. Es decir, que aún en las sociedades que tienen un marco legal, y prácticas jurídicas que conciben la niñez y adolescencia como incapacidad para ejercer directamente sus derechos; sí se reconoce el ejercicio de las facultades a efecto de ser responsable penalmente; existiendo por lo tanto, una contradicción, pues la regla general reconocida por el derecho, es que el hijo de familia, no puede comparecer a juicio si no es representado por quien ejerza la autoridad – o responsabilidad- parental; en cambio en las acciones de naturaleza penal no es necesario contar con el padre o la madre⁹⁹.

Es decir, que un mismo sistema jurídico señala que un adolescente puede ser declarado de forma personal, responsable civil y penalmente por sus actos, pero cuando un adolescente, niño o niña, se constituyen vulnerados o partes procesales no acusadas, en un proceso de distinta naturaleza, a la hora de escuchar su opinión en la toma de la decisión, no debe ser ejercida directamente, sino por medio de su representante. Lo anterior, es parte de un problema estructural y de un serio problema interpretativo

toda persona mayor de dieciocho años es capaz por arribar a esa edad, y en ese mismo orden existirán niños, niñas y adolescentes que hayan adquirido capacidades suficientes para el ejercicio de sus derechos.

⁹⁸ PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., *La participación judicial de los niños, niñas y Adolescentes*. Informe presentado en el II Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Buenos Aires, Agosto de 2006, p.255. El autor sostiene que parte de ese ejercicio es el nombramiento de su abogado siempre que se demuestre la suficiente madurez y discernimiento.

⁹⁹ FRIEDMANN, Reinhard y otros. *Niñez y Democracia*. 1ª Ed., UNICEF, Bogotá, 1997, p. 508. El autor sostiene que la responsabilidad penal juvenil opera como una excepción ala visión de incapaz de la infancia, pues se individualiza y responsabiliza de los actos y se respetan las garantías procesales, a pesar que en el ámbito civil, sería nula la actuación de un adolescente por sí mismo.

por parte de los funcionarios, pues existe por parte de la normatividad democrática, una injustificada exclusión de los niños, considerando que no pueden juzgar adecuadamente su propio interés y que requieren de adultos tutores, pues no se considera a los mismos como ciudadanos plenos¹⁰⁰.

Contrario a esto, la CDN introduce al mundo jurídico, el concepto de la evolución de las facultades en función de la edad y la madurez, señalando que el ejercicio directo de los derechos, debe darse gradualmente, atendiendo a tales presupuestos. Es decir, que la vida de los niños, inicia bajo un supuesto de indefensión y necesidad de protección, debiendo adquirir reglas y valores que le permiten cuestionar su entorno, y comenzar a constituirse en un sujeto social; de tal forma, que la categoría de la infancia, debe entenderse como una construcción social, en la cual un niño, como sujeto de derechos, debe ejercerlos progresivamente¹⁰¹.

A medida que los niños van adquiriendo competencias mayores, se reduce la orientación y aumenta la capacidad de asumir las responsabilidades respecto a las decisiones que afectan su vida. El principio del ejercicio progresivo de las facultades o evolución de las facultades, se sustenta en la autonomía personal y en la madurez de cada etapa de la niñez y adolescencia¹⁰². El concepto de las facultades en evolución, representa un tema central de equilibrio en la CDN, al reconocer protagonismo de la niñez de su propia vida y concede autonomía cada vez mayor en el ejercicio de sus derechos; siendo de gran importancia hacer constar que el ejercicio progresivo no marca diferencias en variar sus derechos, pues todos los derechos que plasma la CDN y las legislaciones nacionales y tratados internacionales, se aplican a todos los niños, niñas y adolescentes, independientemente del grado de desarrollo de sus facultades. La novedad, es en cuanto al ejercicio directo de todos esos derechos¹⁰³.

¹⁰⁰ GARCÍA, Gonzalo y Sergio MICCO, “Hacia una teoría del Preciudadano”, en AA.VV. Editado por Crisóstomo Pizarro y Eduardo Palma, *Niñez y Democracia*, 1ª Ed., UNICEF, Bogotá, 1997, p. 231.

¹⁰¹ CALVO, Silvia L. y Claudia KOZICKI, “Qué piensan los niños sobre sus derechos”, en GROSSMAN, Cecilia, directora. *Los Derechos del Niño en Familia. Discurso y realidad*, 1ª Ed. Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, pp. 284-285

¹⁰² SIMON, Farith, *Derechos de la Niñez y Adolescencia* T.2, *op. cit.* p. 298. El ejercicio progresivo señala que la orientación de los adultos responsables, debe reducir proporcionalmente a la madurez de los niños y adolescentes, dando paso a la autonomía de los mismos.

¹⁰³ LANSDOWN, Gerison, *op. cit.* p. 9. La titularidad de los derechos no es cuestionada, la novedad es el ejercicio directo y no por medio de sus representantes.

Es decir, que nadie pone en tela de juicio que todos los niños y niñas, independientemente de su edad, gozan de todos los derechos emanados de la Constitución, tratados internacionales y la ley secundaria; esto es parte de la integralidad, que todos los niños, gozan de todos los derechos. El valor que introduce el ejercicio progresivo, es que los derechos son ejercidos por los niños mismos, de forma gradual, de acuerdo a su desarrollo evolutivo.

La evolución de facultades desde un enfoque de derechos comprende tres marcos conceptuales: una noción evolutiva, que reconoce que el ejercicio de los derechos se promueve con el desarrollo, la competencia y autonomía gradual; una noción participativa o emancipadora, que destaca el derecho del niño a que se respeten sus capacidades y que le permite ejercer sus derechos sin necesidad de un adulto, de acuerdo a sus competencias; y una noción protectora, que reconoce a los niños, como personas en desarrollo, por lo cual se necesita un grado de protección a favor de los mismos, el cual irá disminuyendo en la proporción en la que se vayan evolucionando las facultades del niño, niña o adolescente¹⁰⁴.

Esta concepción, al contrario de la doctrina clásica que consideraba a la niñez en similares condiciones que los incapaces, y atribuía por ley una edad, en la cual se adquirirían de golpe las facultades, señala que los niños no adquieren competencia a consecuencia de la edad, sino mediante una construcción basada en la experiencia, cultura, y la orientación y apoyo de sus padres o responsables, adquiriendo gradualmente facultades para tomar decisiones.

Dentro de la doctrina que señala el ejercicio progresivo, existen diferentes modelos que presentan beneficios y desventajas, entre ellos están: a) estipular límites de edad fijos en disposiciones legales¹⁰⁵;

¹⁰⁴ LANSDOWN, Gerison, *op. cit.* p.10. La visión tridimensional del ejercicio progresivo de las facultades señala la evolución, la participación y la protección. La evolución es en sí el reconocimiento de facultades en cada una de las etapas de la niñez; la participación es parte de los derechos adquiridos y el ejercicio directo de los mismos; y la protección, es una visión no en el sentido de objetivizar a la infancia, si no una consideración especial por su condición de vulnerabilidad.

¹⁰⁵ ROCA TRÍAS, Encarnación, Derechos Humanos y Derecho de Familia, en AAWW KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, El derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas, Tomo I, 1ª Ed., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999, pp. 75- 76. La autora hace un señalamiento sobre el ejercicio directo de los derechos, considerando que al reconocer los derechos fundamentales de la niñez y adolescencia, y fundamentar su ejercicio en una capacidad individualmente relativa, puede entrarse en ámbitos de interpretación subjetiva e incluso en inseguridad jurídica, pues los sistemas jurídicos deben estar basados en el reconocimiento de derechos. Esto se

b) eliminar todos los límites de edad fijos y hacer una evaluación individual para determinar si un niño es competente para ejercer un derecho en particular; c) un modelo mixto, que comprenda límites de edad, pero permita que un niño menor de la edad establecida compruebe su competencia; y d) diferenciar edades para ejercer derechos específicos, estableciendo edades mínimas en los derechos en que puede existir vulneración por parte de adultos, y presumiéndose la competencia de la niñez en los demás derechos¹⁰⁶.

La Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia señala edades mínimas para ejercer algunos derechos o para dar consentimiento para ciertas decisiones, pero señala también claramente que la opinión deberá valorarse en razón de la edad y madurez, sin estipular edades mínimas para tal efecto; pues al considerar a la niñez como sujeta plena de derechos, y reconocer como un principio fundamental el ejercicio progresivo de las facultades, se reconoce que todo niño, niña y adolescente tiene la facultad de ejercer por sí mismo sus derechos, señalando el artículo 10 de la LEPINA que se reconocerá el ejercicio progresivo de las facultades de todo niño, niña y adolescente.

De igual forma, la Convención no establece límites mínimos de edad, para el ejercicio de los derechos, solamente lo señala para efectos de protección en lo que se refiere a conflictos armados y a penas capitales¹⁰⁷. A diferencia de ello, la LEPINA, establece requisitos de ejercicio, en los cuales para derechos específicos se señalan límites de edad establecidos por la ley, por ejemplo, señala que para

plantea desde un problema de aplicación, debido a que en un caso se considere capaz de ejercer sus derechos y en otro no, a niños o adolescentes en similares condiciones, dependiendo de la percepción del juzgador. La recomendación de la autora es que existan normas específicas que señalen edades, o que en la norma Constitucional se haga una redacción que permita una interpretación que no riña con la CDN, y al mismo tiempo permita mantener el orden jurídico, poniendo como ejemplo la Constitución de España, la cual tiene una reducción de derechos fundamentales para las personas que no tengan la edad en la que legalmente se consideran adultos, es decir, que la titularidad de los derechos fundamentales está suspendido en la minoría de edad del titular; y cuando se establece que la persona tiene la capacidad para actuar por sí mismo, la autoridad parental carece de sentido. Es decir, que según esta autora, los niños, niñas y adolescentes, tienen iguales derechos, pero no pueden ejercerlos por sí mismos.

¹⁰⁶ LANSDOWN, Gerison, *op. cit.* pp. 10-11. Existen distintos sistemas de validación del ejercicio progresivo en las distintas legislaciones, existiendo en algunas una regulación interna específica respecto a límites de edad establecidos, o en otros casos, se deja a la discrecionalidad del aplicador.

¹⁰⁷ El artículo 37 de la CDN, en su literal a) señala en lo pertinente que “*No se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad*”; el artículo 38 señala el respeto de normas humanitaria en conflictos armados, el compromiso de tomar las medidas para que personas menores de quince años no participen de hostilidades, de no reclutar personas menores de quince años; así como la protección de la niñez afectada por un conflicto armado.

un acogimiento familiar es necesario el consentimiento de todo adolescente a partir de los doce años de edad.

Asimismo, la LEPINA señala como parte del desarrollo del principio del ejercicio progresivo de las facultades, ciertas novedades en materia de capacidad; estableciendo edad mínima para el trabajo a los catorce años, condicionado a requisitos especiales y horas máximas, para efectos de protección¹⁰⁸. Asimismo, se reconoce el derecho a presentar y dirigir peticiones en forma respetuosa ante cualquier autoridad, por sí mismos, a todo niño, niña o adolescente; existiendo también capacidad especial para nombrar su representante procesal, a partir de los catorce años de edad¹⁰⁹.

Parte de este ejercicio progresivo, lo constituye el derecho de opinar, en los términos que los establece el artículo 12 de la CDN y el artículo 94 de la LEPINA; debiendo ser recibida esa opinión con métodos acordes a la edad, tomando en cuenta su desarrollo evolutivo, y reconociendo el ejercicio personal de ese derecho; estableciendo al respecto, el artículo 223 LEPINA que la violación del derecho de opinión produce la invalidez de lo actuado y lo que fuera su consecuencia inmediata.

La inclusión del principio del ejercicio progresivo de las facultades, como un principio rector, permea todo lo concerniente a derechos de infancia y adolescencia, y busca evitar, al imponer esta prohibición tácita a restringir el ejercicio directo de los derechos, que cualquier persona adscrita a la visión tutelar, a pretexto de la edad, restrinja el ejercicio directo de cualquier derecho. Es decir, que este principio opera en realidad, como un principio de interpretación, que reconoce que los niños van adquiriendo competencias- entendiéndose estas como capacidad de decisión- cada vez mayores, por lo que se

¹⁰⁸ El artículo 59 de la Ley de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia, señala que la edad mínima para el trabajo es de catorce años, siempre que no se afecte el derecho de educación.

¹⁰⁹ El artículo 218 LEPINA establece que *“los adolescentes mayores de catorce años de edad, también podrán comparecer por medio de apoderado legalmente constituido... en los procesos regulados por esta ley”* En ese mismo orden, es decir, respecto al ejercicio directo de los derechos, el artículo 100 reconoce la libertad de asociación de niñas, niños y adolescentes, determinando que a partir de los catorce años, pueden constituir asociaciones sin fines de lucro y formar parte de órganos directivos. El artículo 218 señala que todo niño, niña y adolescente menor de dieciocho años puede intervenir en un proceso por medio de sus representantes legales, reconociendo que a partir de los catorce años, pueden nombrar apoderado legalmente. Es decir, que la ley señala edades mínimas para el ejercicio de ciertos derechos, entendiéndose que los demás serán ejercidos de acuerdo a la edad y madurez, debiendo subrayar que en lo que se refiere al derecho de opinión se señala la obligación de su ejercicio directo para todo niño, niña y adolescente, bajo pena de nulidad.

reduce la necesidad de orientación y va aumentando la capacidad de asumir por sí mismos las responsabilidades respecto de las decisiones que afectan sus vidas¹¹⁰.

La autonomía progresiva reconoce al niño como sujeto pleno de derechos, y por ende capaz de decidir cuándo ejercerlos y renunciarlos; debiendo acreditarse la falta de competencia, de una forma excepcional, de tal forma, que la regla general será la competencia para ejercer sus derechos, y solo en caso de establecerse que no hay competencia para un caso específico, podría tomarse una decisión diversa por un adulto¹¹¹.

La evolución de las facultades es simplemente llevar a la ley, la realidad biológica del desarrollo humano, y señalar que a medida que los niños van creciendo, adquirieren competencias que les permiten ejercer directamente sus derechos. Esto conlleva, que el adquirir su autonomía, no será igual para todos los niños, niñas y adolescentes, pudiendo diferir la edad para ejercer derechos determinados, por lo que deben darse a partir de diferentes niveles de protección, participación y oportunidad a la niñez, para que tomen decisiones autónomamente en los diferentes contextos y en distintos ámbitos¹¹².

La palabra clave en el principio del ejercicio progresivo, es autonomía y la relación de la edad y desarrollo, que permite gradualmente se vaya alcanzando la misma; entendiendo la autonomía como la competencia que posee un individuo para efectuar elecciones y tomar decisiones de manera informada y sensata, incluyendo el derecho de las personas de hacer sus propias elecciones, expresar su opinión y asumir responsabilidad sobre su vida. Esta autonomía se alcanza de forma progresiva, a través de la madurez que se va adquiriendo con el desarrollo en la vida del niño, con la guía de los progenitores o

¹¹⁰ SIMON, Farith, *op.cit.* pp 338-339. Al respecto, Carl Wellman reconoce como “evolucionismo” el paso de una condición inicial de dependencia sustancial, a otro en que se adquiere la racionalidad; señalando que los niños gradualmente y a la par del proceso de crecimiento psicofísico, adquieren poco a poco los elementos normativos de los que se compone el derecho, hasta hacerlos propios; pues si el niño no tuviera capacidad para actuar, carecería de derechos humanos en absoluto. Welman, Carl, “*The growth of Children’s Right*”, citado por FANLO CORTÉS, Isabel, *op. cit.* p. 169.

¹¹¹ La CDN obliga a los Estados parte a respetar las responsabilidades y deberes de los padres, respecto a impartir dirección y orientación al niño, en consonancia con la evolución de las facultades, para que el niño pueda ejercer los derechos reconocidos en la Convención. PEREZ MANRIQUE, Ricardo, *op. cit.* p. 253.

¹¹² LANSDOWN, Gerison, *op. cit.* p.19. El autor sostiene que aún para niños de la misma edad, el ejercicio puede ser distinto, pues en el desarrollo de las facultades hay factores determinantes como el contexto del niño.

responsables; y requiere de tres condiciones: capacidad, deseo y oportunidad; las cuales deben ser orientadas por los adultos para facilitar espacios reales de participación y desarrollo¹¹³.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, ha señalado que tradicionalmente, la visión de la sociedad ha sido de considerar al niño dependiente, invisible y pasivo en la familia y que es hasta últimamente que se van creando espacios para que el niño opine y sea respetado, constituyéndose la familia como el primer marco para que el niño tenga una experiencia democrática. Es decir, que de acuerdo a la forma de abrir espacios en la familia, también el niño tendrá una construcción social distinta, lo cual será reforzado en los otros ámbitos de socialización como son la escuela y la sociedad¹¹⁴.

Los niños y niñas, irán desde la dependencia total al ser recién nacidos, hasta la obtención de su autonomía total. Es decir, en la primera etapa los padres deben descodificar por el llanto, los deseos del bebé; y es el niño o niña quien deberá adaptarse a los tiempos, modos y estilos que sus progenitores dispongan para él. A través del desarrollo, el lenguaje permite la comunicación, y a través del juego, se van imponiendo el uso de reglas, y el reflejo de los deseos y opiniones de niños y niñas, entrando en un proceso de construcción de las reglas sociales. A los ocho años, se da un pasaje a la autonomía, y los niños comienzan a valorar la flexibilidad de las reglas y se van reconociendo en base a este aprendizaje, conceptos de igualdad y reciprocidad, comenzando una etapa de decreciente orientación por parte de los adultos. Así, el lugar que ocupan dentro del núcleo familiar y social, jugará un papel relevante, pues los niños elaboran ideas acerca de sus derechos, a partir de las prácticas sociales, construyendo su capacidad y desarrollando la elaboración y expresión de su opinión respecto de sus derechos¹¹⁵.

¹¹³ SIMON, Farith, *op. cit.* pp. 339-340. En el mismo orden, Silvia Fernández, señala que la adolescencia es un proceso de autonomía y no un dato cronológico, en el cual se da una reestructuración psicológica y física. FERNÁNDEZ, Silvia, “La infancia como escenario Universal y sus falacias”, en *Derecho de Familia*, 56, Septiembre 2012, Buenos Aires, Argentina, 2012, p. 41.

¹¹⁴ *Ibid.* p.343. En ese mismo orden, Gonzalo García y Sergio Micco, señalan que el niño pertenece a una comunidad y en ella se socializa y adquiere todos los valores que lo forman como ciudadano. GARCÍA, Gonzalo y Sergio MICCO, *op. cit.* p. 251

¹¹⁵ CALVO, Silvia L. y Claudia KOZICKI, *op. cit.* pp. 296-354. Se señala que en lo que respecta al desarrollo humano, ocupa un lugar importante aún el orden de nacimiento dentro de la familia así como las prácticas sociales.

Lo anterior, no significa que el cumplimiento de los derechos de todo niño, niña o adolescente, dependa de su capacidad de ejercer por sí mismo tales derechos o del hecho de alcanzar una edad determinada, pues todos los derechos deben ser aplicados a todos los niños, niñas y adolescentes; entrando únicamente a discusión, la medida en que los derechos pueden ser ejercidos directamente por los mismos; y el derecho de transición para que este ejercicio pase de los padres o responsables, al niño, niña o adolescente directamente ; es decir, que es obligación del adulto, dar la dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos adquiriendo paulatinamente la capacidad para ello¹¹⁶ .

Desde esta perspectiva, se reconoce el respeto del niño como participante activo y como sujeto pleno de derechos y no simplemente como un receptor pasivo de la protección de adultos o del Estado mismo, contradiciendo la visión tutelar que señalaba generalmente al niño como objeto de derecho y sin la competencia necesaria para ejercer los mismos, construyendo a partir de la doctrina de la protección integral una nueva visión de niños como actores sociales, tal y como lo encarna la CDN.

12. El concepto de precidadanía

La definición más común de ciudadanía, es la denominada como un conjunto de actividades voluntarias, mediante las cuales los miembros de una sociedad participan en la elección de sus gobernantes, pero además de eso, participan en la elaboración de una política gubernamental. Es decir, que aún en este concepto, la participación está en el centro de la ciudadanía y conlleva un ejercicio directo de los derechos, y la facultad de decidir lo que es mejor para una sociedad y por ende, para el ciudadano mismo¹¹⁷

La noción de precidadano tiene relación con preparar al futuro ciudadano en el ejercicio de sus derechos y para su participación en un sistema democrático. Considerar a la niñez de esta manera,

¹¹⁶ PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, *op. cit.* p. 253. En el mismo sentido LANSDOWN, Gerison *op. cit.* p. 21, señala que la capacidad no es acorde a la edad adecuada, sino al desarrollo y capacidad obtenida por el ejercicio de los derechos y la participación de la niñez.

¹¹⁷ BOBBIO, Norberto, citado en GARCÍA MENDEZ, Emilio y Mary BELOFF, *op. cit.* p. 40. Al participar se crea una relación política o social de autonomía, democracia y autogobierno. Si es social, puede verse en instituciones como la familia, y si es política, se refiere al Estado.

significa profundizar los grados de inclusión del sistema democrático, favoreciendo la consolidación de las convicciones ciudadanas con antelación a su reconocimiento jurídico. Desde esta visión, la noción de precidadanía podría ser la base para entender al niño como sujeto de derechos y objeto de atención político- democrática¹¹⁸.

La democracia solo puede pretenderse, bajo una visión de Estado, en la cual, los ciudadanos gozan de autonomía; razón por la cual, históricamente se ha excluido a los niños de este concepto, por considerar que los niños no son ciudadanos plenos, pues han sido parte de una minoría excluida al igual que en un inicio lo fueron las mujeres, los pobres o los grupos étnicos¹¹⁹

Existen paradigmas conceptuales que impiden que se reconozca el derecho de la niñez a ser considerados como precidadanos, entre los que puede señalarse el concepto dominante de ciudadano; el hecho que los niños no constituyen ciudadanía activa, en el sentido de contribuir tributariamente ni tener derecho al voto, la consideración de los niños como ignorantes y dependientes de los adultos¹²⁰; los cuales son totalmente inaceptables desde la visión de la niñez como sujeta plena de derechos, por lo cual debe impulsarse el desarrollo y la formación de la niñez para el ejercicio de sus derechos.

Un punto de valoración importante es el hecho de considerar en las legislaciones civiles en general, a la niñez, como incapaz; y paralelamente en la Ley Penal Juvenil, reconocer que la adolescencia es capaz de discernir lo ilícito de su actuar, y ser declarado responsable de sus actos. Es decir, que para ejercitar los derechos de acción de forma directa, se es incapaz, pero no para asumir responsabilidades.

¹¹⁸ LANSDOWN, Gerison, *op. cit.* pp. 40-41. El autor desafía la noción de que la competencia se adquiere solamente a la edad de dieciocho años, y sostiene que debe buscarse la noción del desarrollo por etapas.

¹¹⁹ BARATA, Alessandro, *op. cit.* p. 10. El autor sostiene que a la visión de ciudadanía, la precede un contrato social, el cual ha funcionado políticamente como un pacto para excluir a los que eran diferentes, y crea una visión restringida de la ciudadanía, diferenciando a los hombres de las mujeres y los niños. Véase en el mismo sentido a GARCÍA, Gonzalo y Sergio MICCO, *op. cit.* p.231

¹²⁰ ALFAGEME, Erika y otros, *De la participación al protagonismo Infantil. Propuesta para la Acción*, 1ª Ed. Plataforma de Organizaciones de la Infancia, Madrid, 2003, p. 43. Los niños se vuelven un sector sin importancia para el Estado, porque no es un sector de la población del cual se obtengan ingresos, ni definen la continuidad en el gobierno, por lo cual ante esa visión cerrada de ciudadanía, no constituyen una prioridad en la garantía de sus derechos.

El ejercicio progresivo de las facultades, conlleva que de acuerdo a la madurez adquirida, un niño, niña o adolescente debe ir ejerciendo sus derechos directamente- y no solo sus responsabilidades- por lo que la CDN reconoce como derechos de participación, los derechos de reunión, libertad de asociación, libertad de expresión, derecho a la información, al descanso y esparcimiento y a la plena integración y participación de la vida del país. Es decir, que se reconoce su calidad de sujeto y portador de sus derechos, teniendo como fundamento de su ejercicio directo, el desarrollo moral¹²¹, tal y como lo desarrollan la Constitución de la República y la LEPINA, en El Salvador.

La noción de precidadanía estaba anteriormente conectada al tiempo; es decir, a la etapa previa a cumplir la edad que la ley establecía para ser considerado ciudadano y ser habilitado en el ejercicio de los derechos cívicos y políticos. Actualmente, -la precidadanía- constituye una crítica a la forma en que históricamente se concedía ser ciudadano, pues al hacer un análisis histórico, no todas las personas que llegaban a la mayoría de edad eran ciudadanos; excluyéndose mujeres, esclavos, extranjeros o los que no eran de una clase determinada; lo que demuestra que la calidad de ciudadano fue concedida arbitrariamente; por lo que el concepto actual intenta cerrar esta brecha y valorar las verdaderas capacidades que la niñez posee en sí misma¹²², valorando sus capacidades, y potenciando por medio de una cultura democrática, que se desarrollen estas facultades en la niñez y adolescencia y se construya una ciudadanía fortalecida por el ejercicio directo y progresivo de los derechos.

La CDN reconoce el tránsito de la heteronomía a la autonomía moral del niño, condicionando el ejercicio de los derechos, a la evolución misma del niño; pues la ciudadanía no se adquiere por el mero transcurso del tiempo, sino que por su práctica cotidiana de reafirmar su personalidad. De igual forma, la Convención introduce el principio de corresponsabilidad, que genera responsabilidades para la familia, la sociedad y el Estado, en el desarrollo integral de la niñez y adolescencia, y por lo tanto, también en crear los espacios de participación y desarrollo; considerando como la misma ley establece,

¹²¹ GARCÍA, Gonzalo y Sergio MICCO, *op. cit.* pp.240-241. Para el autor el concepto de desarrollo moral no lleva un estándar de moralidad, sino que se relaciona con el desarrollo del niño no importando la cultura y el lugar en que se desarrolle, bajo un contenido moral universal básico, adecuándose al desarrollo de cada niño en su contexto.

¹²² *Ibid.* p. 254. El autor sostiene que la calidad de ciudadano era la esgrimida en la lucha democrática, y era ciudadano el que tenía la idoneidad de gobernar, excluyendo a todo aquel que no se encontraba en ese contexto, independientemente de la causa para ello.

procesos de consulta y participación de la niñez y adolescencia para la creación de políticas públicas y para la toma de decisiones que les afecten.

13. Participación

La participación implica que todo ser humano maneja información, así como el deber de consultar y debe ser parte en la toma de una decisión. En ese sentido, la participación puede definirse como el proceso por el que se comparten decisiones que afectan la vida propia y la comunidad en la que se habita; señalando que es un método para construir la democracia y es una forma que permite medir su fortaleza. La participación de la niñez puede verse también como un principio rector, que contribuye al cumplimiento de todos los demás derechos; siendo un fin en sí misma, pudiendo definirse como el poder que tienen los niños y las niñas, de que sus opiniones sean tomadas en cuenta seriamente y para asumir decisiones, de acuerdo al grado de madurez y desarrollo, incorporando la niñez en una ciudadanía activa en correspondencia con su desarrollo integral¹²³.

La Convención representa un potencial para hacer efectivos los derechos de participación, pues a pesar de estar formulados en términos generales, que dejan poco marco al ejercicio; señala al menos el derecho de formarse un juicio propio, a expresarse libremente y a ser escuchado; no obstante, deja en manos de los adultos considerar cuando es que un niño está apto para formarse un juicio propio; y se otorga a los estados la decisión de conceder esos derechos atendiendo a la edad y madurez del niño; y señala que la opinión de la niñez debe oírse, solamente en los asuntos que les afectan; lo cual es un vestigio del modelo tutelar que aún considera al Estado protector, debido a que se considera a la niñez como incapaz de protegerse a sí misma y a decidir¹²⁴.

¹²³ MARTÍNEZ, Delia. “Comunicándonos con los niños, niñas y adolescentes en el ámbito judicial”, en AA.VV. Coordinado por Georgina Morales y Delia Martínez, *La garantía del Derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos*, 1ª Ed., UNICEF y TSJ, Caracas, 2008, p.150. La autora reconoce la participación como un principio que permite garantizar todos los demás derechos, además de ser un principio rector en la garantía de los derechos de la infancia.

¹²⁴ ALFAGEME, Erika y otros, *op. cit.* p. 33. La autora sostiene una crítica a la potestad brindada a los adultos para analizar si un niño tiene facultad de participar, pues en caso de existir un funcionario que decida arbitrariamente, esto conllevaría la vulneración del derecho de participación.

Sin lugar a dudas, el derecho de participación de la infancia ha sufrido un proceso de evolución desde la entrada en vigencia de la Convención; lo cual hace buscar garantías reales de sus derechos y la consideración efectiva de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos; quienes de conformidad a la evolución de sus facultades, deben ejercerlos directamente de forma gradual, para constituirse parte de un sistema democrático que respeta su calidad. Desde esta nueva imagen social de la infancia, la participación debe irse haciendo efectiva en los entornos de los mismos; pues la participación se vuelve un instrumento para hacer efectivos los demás derechos de la niñez; buscando con esto una participación activa y consciente se reconozca la dignidad y se afiance el principio de igualdad entre niños, niñas, adolescentes y adultos, pues la participación no es un derecho con carácter enunciativo, si no que es un ejercicio concreto como actores sociales y es parte de la construcción de la identidad¹²⁵.

La Convención considera la participación desde dimensiones éticas, culturales, políticas y jurídicas; buscando que se forme una nueva cultura de infancia a través de lo establecido en el derecho de libertad de opinión, libertad de expresión, libertad de pensamiento y de asociación, desarrollados en los artículos 12 al 15 de la misma; rompiendo con una prohibición social impuesta a los niños, y busca el disfrute de los derechos de participación¹²⁶.

El derecho de participación reconocido en la CDN, en realidad no hace una reubicación de la niñez, sino del mundo adulto y sus instituciones, en el sentido de cambiar el lugar asignado a la infancia en nuestra cultura, pues no es factible que se le considere sujeto pleno de derechos y no sea sujeto de enunciar por sí mismo sus ideas y hacer valer sus derechos, a través de la expresión, la información, la opinión y los derechos de libre asociación y reunión, los cuales se dan en escenarios de la sociedad y la familia¹²⁷.

¹²⁵ ALFAGEME, Erika y otros, *op. cit.* p. 36. Se señala la participación gradual de la niñez y la consideración de la precidadanía de la infancia, como garantía de sus derechos y como forma de brindar protagonismo.

¹²⁶ GARCÍA MENDEZ, Emilio, *Infancia, Ley y Democracia, op. cit.* pp. 48-49. A pesar de existir limitaciones en el ejercicio de los derechos consagrados, la CDN abre una puerta a la participación, y a la visión de ciudadanía de la infancia.

¹²⁷ GIORGI, Víctor, *La participación de niños, niñas y adolescentes en las Américas*, 1ª Ed., Organización de los Estados Americanos, Montevideo, 2010, pp.14-15, 32-33. Se hace un enfoque analítico de las dimensiones de la participación no como diferentes momentos, sino como diferentes dimensiones de ejercicio del derecho.

En lo que respecta a la libertad de opinión, se recupera la voz y la visibilidad, identidad y dignidad de la niñez, que había estado sometida a un silencio social. Reconocer que los niños tienen derecho de opinar, y que esta opinión que emitan directamente, debe ser tomada en cuenta, conlleva el derecho de ser escuchado, que implica reconocer al niño como otro igual, portador de los mismos derechos, constituyéndose la opinión en un legítimo ejercicio de poder; aunque no implica decidir. La libertad de expresión, pensamiento y conciencia, buscan formar a la niñez como sujetos plenos de derechos con responsabilidad social, pues se busca que se les de las herramientas para tal participación; y rescatar con ella a la niñez de la visión de ciudadanía pasiva, que tradicionalmente se les ha otorgado, dando protagonismo social a la infancia.

14. Ejercicio directo de los derechos

El principio del ejercicio progresivo de las facultades, conlleva como hemos desarrollado, un componente de participación y emancipación de la niñez, al reconocer que gradualmente se van adquiriendo las competencias necesarias para asumir responsabilidades y para tomar parte en la toma de decisiones sobre aspectos de su vida cotidiana, o bien sobre su futuro. Bajo este principio subyace el principio de igualdad jurídica y la idea que bajo esa condición, toda persona es capaz de ser titular de sus derechos¹²⁸.

Este concepto aún no permea los sistemas jurídicos, en los que consideran que la infancia y adolescencia es sinónimo de incapacidad, y consideran que la única forma de ejercitar los derechos es a través de la representación como una figura que suple la aptitud para actuar y dinamizar sus derechos por sí mismo, y exige que un adulto ejerza los derechos por el niño, niña o adolescente, porque se valora que este niño, niña o adolescente no puede, que no es capaz¹²⁹.

¹²⁸ BOBBIO, Norberto, *Igualdad y Libertad*, 1ª Ed., Editorial Paidós, Barcelona, 1993, p. 72. El autor señala que la igualdad es ese atributo que hace a todo miembro de la sociedad, también al infante, un sujeto jurídico, entendiendo este último concepto como un sujeto dotado de capacidad jurídica.

¹²⁹ CALDERÓN DE BUITRAGO, Anita y otros, *Manual de Derecho de Familia*, 1ª Ed. Centro de Investigación y Capacitación, San Salvador, 1993, pp. 609-610. Se recoge a lo largo del capítulo de la representación, la visión

En contraste a lo anterior, la consideración de la niñez y adolescencia como sujetos plenos de derecho, obliga al funcionario a centrar su atención en la garantía de tales derechos, y en tomar decisiones, respetando esa calidad personal de la niñez y el ejercicio directo, en atención a su madurez y desarrollo.

La evolución de facultades reconoce que la infancia no es una experiencia única, fija y universal; sino que las capacidades y el contexto de cada niño, niña y adolescente deben influenciar en la autonomía para el ejercicio directo de sus derechos, debiendo respetarse a cada niño como participante activo y como sujeto de derechos, y no un mero receptor pasivo de protección por parte de los adultos. De tal forma, que la CDN, reconoce derechos que se ejercen directamente atendiendo al desarrollo, como son la libertad de pensamiento, conciencia y religión, libertad de asociación y a expresar su opinión; exigiendo en su articulado, el reconocimiento y respeto de las facultades de la niñez y adolescencia; desafiando la noción de competencia para ejercer los derechos ligado al cumplimiento de la edad que legalmente los faculta como adultos; porque esta es una infravaloración de las capacidades de la infancia¹³⁰.

El niño, debe ser considerado y definido por sus atributos, y sus derechos ante el Estado, la Familia y la sociedad, ya que si bien es cierto, la infancia es concebida como una etapa de desarrollo, es la etapa de desarrollo progresivo de la autonomía personal, social y jurídica¹³¹; no obstante, debe adecuarse el contenido jurídico a esta nueva visión de la niñez, pues solo a través de la visión de la niñez como sujetos de derechos, los cuales están adquiriendo la capacidad de discernir el contenido de sus acciones, llevará a reconocer que en las relaciones con los adultos- incluidos los progenitores- se reconozca su participación y opinión en los asuntos que le conciernen, y también, el ejercicio directo de

de incapacidad de la infancia y de la necesidad de un adulto que le represente en sustitución del niño, niña o adolescente.

¹³⁰ LANSDOWN, Gerison, *op.cit.* pp.40-47. La infravaloración de las capacidades del niño, son consecuencia de una concepción de la infancia como una etapa separada y definida en su totalidad, cuya característica principal es que tienen necesidades diferentes a los adultos, valorando la etapa como una fase de juego y aprendizaje

¹³¹ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA, *Ley de Protección Integral de Niños, niñas y Adolescentes...*, *op. cit.* p. 33. El autor distingue la autonomía de la infancia en personal, social y jurídica, requiriendo una valoración integral de las mismas.

sus derechos, de acuerdo a las facultades evolucionadas, pues el ejercicio de los derechos humanos, es en sí mismo el derecho a la autodeterminación¹³².

Lo anterior ha requerido en muchos países, de reformas legislativas, en cuanto a la capacidad de niños, niñas y adolescentes, pero sobre todo, de un cambio en la forma en que los adultos consideran a los niños, debiendo cambiar esa visión unitaria de personas que requieren la protección, sino como sujetos de derechos, capaces de ejercerlos gradualmente; porque solo de esta forma se da verdadera participación a la infancia y adolescencia, creando espacios apropiados para el desarrollo de su personalidad, tanto en la familia como en la sociedad y en la escuela, de tal forma, que no se parta del supuesto que la capacidad se adquiere con la edad y se realice un ejercicio cotidiano que permita a la niñez formarse efectivamente como ciudadanos.

La capacidad de ejercicio directo de los derechos de la niñez, puede resumirse en tres particularidades:

a) Los Niños, niñas y adolescentes tienen capacidad para ejercer directamente sus derechos y garantías, así como la tienen para asumir sus deberes y obligaciones; b) esta capacidad de ejercicio es progresiva y aumenta proporcionalmente al desarrollo en cuanto a edad y madurez; y c) esta capacidad de ejercicio y autodeterminación, está sujeta a la debida orientación de los adultos responsables¹³³.

La Convención, desde la perspectiva de la niñez como sujeta plena de derechos, no pretende que sean solo sujetos pasivos – u objetos- de las medidas de protección; sino que reconoce a un niño más completo, con distinciones en el sentido de estar en desarrollo, debiendo tomar en cuenta además sus condiciones personales, y potenciar su desarrollo con la garantía de todos sus derechos, incorporando la novedad de considerarse titular de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, pues además del nombre y la identidad, reconoce el derecho de opinión, la libertad de expresión, la libertad

¹³² GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA, *Ley de Protección Integral de Niños, niñas y Adolescentes...*, op. cit. pp. 168- 171. El autor señala que es difícil conciliar los conceptos de dependencia de la niñez, como la patria potestad impuesta en la legislación Civil de Argentina, con el nuevo concepto de la niñez que adquiere capacidad de acuerdo a su desarrollo evolutivo, persistiendo en la legislación y en la sociedad, resabios de la visión de niñez objeto de protección por parte del Estado y también de los padres.

¹³³ PERDOMO, Juan Rafael, “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en la Convención sobre los derechos del niño y la ley orgánica para la protección de Niños, Niñas y Adolescentes”, en AA.VV. Coordinado por Georgina Morales y Delia Martínez, *La garantía del Derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos*, 1ª Ed., UNICEF y TSJ, Caracas, 2008, p. 20.

de conciencia y de religión, la libre asociación, entre otros, excluyendo solamente, el derecho de votar, de ser candidato y de tener acceso a la función pública, pero sin negarles derechos políticos en sentido amplio, y el derecho de formar una familia, para lo cual, se fijan edades mínimas para el matrimonio o la convivencia¹³⁴.

¹³⁴ SIMON, Farith, *op. cit.* p. 126. El autor sostiene que la Convención establece una serie de derechos que deben ser ejercidos directamente por la adolescencia, con excepción del derecho del sufragio y las limitaciones en el derecho a formar una familia.

CAPÍTULO III

LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.

SUMARIO: 15. Garantías Jurisdiccionales. 16. Consideraciones generales de la garantía de audiencia. 17. Antecedentes históricos de la garantía de audiencia. 18. Antecedentes Legislativos en El Salvador. 18.1 Ordenamientos Internacionales. 19. La garantía de audiencia en el debido proceso. 20. Sanciones Procesales.

15. Garantías jurisdiccionales

La palabra garantía es de origen francés, derivada de la declaración francesa de derechos de 1789, la cual en su artículo 16 señala literalmente que “*toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada... no tiene constitución*”¹³⁵; ya que las garantías consisten en una obligación al legislador ordinario de no violar los principios fundamentales.

Estos principios fundamentales, son los emanados de la norma fundamental de todo sistema jurídico¹³⁶, de tal forma que todas las demás fuentes formales se subordinan a ella, no solo desde el punto de vista formal, que señala la creación de la ley por los órganos y bajo los procedimientos establecidos en la Constitución, sino también una subordinación material, que obliga a que todo el material no puede contradecir el contenido constitucional, y por ende, debe ser acorde a los principios constitucionales¹³⁷. Así, se pasa de una visión programática de la norma fundamental, a una nueva, en la cual la norma fundamental es el marco normativo, pasando así de un Estado legislativo de derecho a un Estado

¹³⁵ FIX ZAMUDIO, Héctor, citado por Francisco Bertrand Galindo y otros, en *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, 3ª Edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1999, p. 711. Es decir, que la Constitucionalidad de los derechos se mide por la garantía de su cumplimiento.

¹³⁶ KELSEN, Hans, en su obra clásica *Teoría Pura del Derecho*, desarrolla la estructura jerárquica del orden jurídico, según la cual, la norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un orden jurídico, de tal forma que una norma pertenece en realidad a un orden jurídico cuando la validez de la norma depende únicamente de la norma fundamental. No obstante esta norma es la regla por la cual son creadas las normas jurídicas, es decir a un principio de la creación misma; no obstante, haciendo una evolución de esta visión, puede validarse la norma fundamental también en cuanto a su contenido. KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 10ª Ed., Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1971, pp. 135-136

¹³⁷ WILLIAMS, Jaime, citado por GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto y otros, en *Ensayos Doctrinarios sobre el Nuevo Código Procesal Penal*, 1ª Ed., Impresos Litográficos, San Salvador, 1998, p.94. Es decir, que la sumisión a la Constitución requiere de la formalidad en su creación y en la adecuación del contenido.

Constitucional¹³⁸. Al encontrarnos ante principios Constitucionales, todo el ordenamiento ha de interpretarse conforme a ellos, porque son directamente vinculantes¹³⁹.

Las garantías jurisdiccionales son mecanismos judiciales tendientes a tutelar y hacer efectivos los derechos humanos o derechos fundamentales; a efecto que no devenguen en meras declaraciones; sino que buscan adecuar los ordenamientos positivos preservando una esfera mínima de derechos que el Estado debe cumplir; volviéndose estas garantías un límite a la actividad estatal y un mecanismo para asegurar los derechos del gobernado¹⁴⁰.

Las garantías y los derechos¹⁴¹ se distinguen principalmente en que los derechos son reconocimientos que el Estado hace de una gama de facultades inherentes a las persona; en cambio, las garantías en sentido estricto, son los instrumentos procesales específicos para la tutela de tales derechos; pudiendo considerarse como distinción entre unos y otros en cuanto a los derechos humanos, el sujeto de obligación es indeterminado; y en las garantías, el único obligado es el Estado¹⁴².

También puede hacerse una diferenciación de derecho y garantía, separando los mismos, como objeto protegido, y medio de protección, de tal forma que los derechos son el objeto protegido; y las garantías con los medios previstos por el sistema jurídico para asegurar la eficacia de los primeros. Desde esta visión, puede establecerse que las garantías precisan de tres elementos concurrentes: 1- que exista un

¹³⁸ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “El Juez Nacional como garante de los Derechos Humanos” en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos Humanos del Siglo XXI*, 1ª Ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 294.

¹³⁹ JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel, “La Tutela Judicial Efectiva: luces y sombras”, en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos Humanos del Siglo XXI*, 1ª Ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 327.

¹⁴⁰ LAGUARDIA, Sandra Morena, *La Garantía de Audiencia en la Doctrina de la Sala de lo Constitucional*, Órgano Judicial, El Salvador, 1990, p.4-5.

¹⁴¹ Respecto a la diferenciación entre garantía y derecho, Ferrajoli señala que la diferenciación entre ambos conceptos es un engaño, puesto que al ganar relevancia el papel de la garantía, debilita en realidad al derecho, puesto que el derecho resulta descalificado en el plano jurídico; citado por IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, *op. cit.* p. 299.

¹⁴² BERTRAND GALINDO, Francisco y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, 3ª Edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1999, p. 713.

interés jurídicamente tutelado; 2- la posible amenaza a este interés; y 3- la existencia de recurso idóneo para enfrentar esta amenaza¹⁴³.

Las garantías operan en dos sentidos, primero como un marco de actuación en la justicia ordinaria, o como una forma de reparar el daño sufrido en una instancia extraordinaria. Es decir, que en un primer momento, la garantía opera como una obligación del Estado de proporcionar a toda persona un derecho, el cual se debe cumplir desde el ámbito procesal de la justicia ordinaria; y segundo, también puede operar en caso que no se cumpla con el requerimiento legal en la fase ordinaria, para reparar el daño causado, a través de la justicia Constitucional, por medio de un recurso de amparo que corrija la acción u omisión de cualquier autoridad en el ejercicio de su función, siendo una forma en la que el mismo Estado repara su acción u omisión¹⁴⁴.

Durante mucho tiempo hubo disociación en el estudio del derecho procesal y el derecho constitucional, por considerarse que no existía relación directa entre ambos, existiendo posteriormente en enlace del proceso con la norma Constitucional, al examinar las instituciones procesales desde el punto de vista constitucional; afirmando que el proceso debe ser idóneo para el ejercicio de los derechos, pues este procedimiento como tal, debe ser solamente un medio para la realización de la justicia; desde este orden de ideas, el proceso debe establecer fundamentos que fijen un criterio mínimo de validez general, cumpliendo con los derechos que la Constitución asigna¹⁴⁵.

Las garantías constitucionales pueden ser consideradas como derechos subjetivos públicos conferidos a las personas a través de una norma primaria, a efecto de crear las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de los procesos en los que se interviene. Es decir, que estas garantías entre

¹⁴³ GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto y otros, *Ensayos Doctrinarios sobre el Nuevo Código Procesal Penal*, 1ª Ed., Impresos Litográficos, San Salvador, 1998, pp. 104-105. Para que exista una garantía, es necesaria la existencia del derecho, la amenaza y el recurso idóneo que contrarreste la amenaza, lo que para el autor constituye en conjunto la garantía.

¹⁴⁴ LAGUARDIA, Sandra Morena, *op. cit.* p.8. En el mismo sentido, como se desarrollará más adelante Ferrajoli desarrolla las garantías primarias y secundarias.

¹⁴⁵ COUTURE, Eduardo, citado por José OVALLE FAVELA, en *Garantías Constitucionales del Proceso*, 2ª Edición, Oxford, México, 2007, pp. 213-214. Esta visión del proceso relacionado con las garantías constitucionales, rompe con la visión tradicional de equiparar la naturaleza del proceso a la del derecho sustantivo que lo regula.

las que encontramos la independencia e imparcialidad judicial, la audiencia y el debido proceso como tal, hacen posible a las personas el ejercicio de sus demás derechos¹⁴⁶.

16. Consideraciones generales de la garantía de audiencia

Al hablar de audiencia, se ha definido de distintas formas: a) históricamente se utilizó para designar a los órganos jurisdiccionales que atendían a los niveles medios y superiores, de lo que aún persiste en el sistema español la denominación de audiencia nacional o las audiencias provinciales; b) Se utiliza para designar el acto procesal público que se desarrolla por el órgano jurisdiccional y en el que se da intervención a las partes procesales; c) Se reconoce también con este nombre a la garantía de audiencia que reconoce la Constitución de la República, a toda persona, previamente a que cualquier autoridad tome una decisión que afecte su esfera de derechos, dándole una oportunidad razonable de defenderse en juicio¹⁴⁷

La garantía de audiencia ha sido denominada indistintamente como garantía al debido proceso, en el derecho anglosajón, garantía a la tutela judicial efectiva, denominada así en España; o garantía de jurisdicción en México; encerrando estas definiciones, el derecho de protección contra las arbitrariedades del poder público¹⁴⁸. También ha sido estudiada indistintamente con lo que es el juicio de amparo, pues su alcance no era claro; no obstante, con el estado constitucional actual, se distingue claramente, que la garantía de audiencia es una garantía de justicia ordinaria, y en cambio el juicio de amparo, si bien pretende garantizar derechos, es en el marco de la justicia constitucional y de forma extraordinaria¹⁴⁹.

¹⁴⁶ OVALLE FAVELA, José, *op. cit.* p. 216. Las garantías constitucionales son garantías de las partes, pues el proceso equitativo y razonable es la condición para que los justiciables ejerzan sus derechos.

¹⁴⁷ *Ibid.*, pp. 38–39. El autor señala que en México la palabra audiencia tiene múltiples acepciones, pero la expresión garantía de audiencia tiene un significado preciso del contenido de tal garantía.

¹⁴⁸ BERTRAND GALINDO, Francisco, *op. cit.* p.863.

¹⁴⁹ La garantía de audiencia, es estudiada históricamente similar al juicio de amparo, porque este último operaba como una garantía cuando el Estado mismo declaraba la violación de un derecho por otro ente estatal, es decir, que se hace un estudio indistinto de ambos términos, así lo afirma QUINTEROS ESPINOZA, Alejandro Antonio. “Los Actos de Autoridad del Estado Salvadoreño y la Garantía Constitucional de Audiencia”, Tesis de grado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1998. p. 29

Respecto a la denominación igualitaria con otras garantías, debe verificarse que la garantía de audiencia está íntimamente ligada con el derecho a un juicio, el cual es un acto en el que participan al menos tres sujetos: el actor que pretende; el demandado y el juez, que decide. Es decir dos elementos subjetivos y uno objetivo, pues el actor y el demandado tendrán interés subjetivo cada uno sobre la causa, a diferencia del juez, quien debe mantener la objetividad y cumplir con las garantías elementales del proceso, que generen imparcialidad.

De igual forma, al estudiar las garantías procesales, tienen vital importancia, las garantías de seguridad jurídica: a) irretroactividad de la ley; b) audiencia; c) legalidad en materia penal; y d) legalidad en el campo civil; que son cuatro garantías esenciales para dar firmeza y eficacia a los demás derechos fundamentales de las personas. Estas condensan los principios jurídicos esenciales del proceso¹⁵⁰. Es decir, que la garantía de audiencia no solo opera como tal, sino que sirve como una herramienta para garantizar todos los derechos de las personas, los cuales se hacen efectivos a través de la garantía de audiencia, desde la oportunidad de exponer los hechos y pretensiones, el ofrecer prueba y la participación en el proceso.

La garantía de audiencia está integrada por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, que son el juicio previo, que tal juicio se substancie ante un juzgado predeterminado, que dentro del proceso se observen todas las garantías esenciales del procedimiento, y por último, que el fallo respectivo se dicte conforme a ley existente con antelación a la circunstancia que de motivo al proceso¹⁵¹.

Respecto a la primera de ellas, se señala que el juicio previo debe ser entendido como un procedimiento en que se realice una función jurisdiccional que de oportunidad a la dicción del derecho y dicte una resolución, sin necesidad de que exista controversia entre las partes; esta resolución debe ser emitida de acuerdo a la segunda garantía, por un juzgador, que respete las formalidades procesales esenciales dando oportunidad de defensa y prueba; y que el fallo a dictar, sea respetuoso de la seguridad jurídica, en el sentido de ser dictado conforme a ley existente con anterioridad al hecho, lo

¹⁵⁰ Se enmarca el derecho de audiencia como una de las garantías principales de la seguridad jurídica, actuando esta como una garantía de todos los derechos. *Vid: OVALLE FAVELA, José, op. cit. p. 21.*

¹⁵¹ BURGOA, Ignacio, *Las garantías Individuales*, 18ª Ed., Editorial Porrúa, México D.F., 1984, pp.515-516. Para el autor, la garantía de audiencia es equiparable al concepto de debido proceso, en el sentido que no se limita a la audiencia como tal, sino a las garantías fundamentales mínimas del proceso.

que también encierra el principio de irretroactividad de la ley; que asegura que no se creen leyes para resolver casos específicos¹⁵².

La garantía de audiencia, como las garantías procesales en general, es otorgada frente a actos de autoridad, que tengan la característica de ser unilaterales, imperativos y coercibles; pero su característica esencial es que se concede frente a actos que privarían a alguna persona de sus derechos, y es enunciada como una prohibición al Estado, que ninguna persona podrá ser privada de sus derechos sin ser oída y vencida en juicio; lo cual debe ser interpretado con amplitud, incluyendo toda clase de derechos de la persona¹⁵³.

El principio de audiencia también es denominado como principio de contradicción; resumido en la frase que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio. Es decir, en realidad, que el derecho de contradicción reconoce el derecho de audiencia a todo sujeto que tenga necesidad de acudir a la vía judicial; incluyendo la facultad de actuar plenamente en el proceso¹⁵⁴.

El principio de audiencia afecta a ambas partes, e implica la obligación del Estado, de asegurar que cualquier persona pueda acceder a la justicia, lo que incluye también la posibilidad de ser oída antes de la toma de cualquier decisión. Este derecho incluye aún la notificación que debe hacerse a la parte, para comparecer ante el funcionario y la eliminación de todo obstáculo razonable que impidiera a la persona su comparecencia. Es decir, que las garantías procesales no se limitan al acceso a la justicia, sino que consisten en conferir la posibilidad de actuar plenamente impidiendo todo tipo de resolución sin

¹⁵² BURGOA, Ignacio, *Las garantías Individuales*, op. cit. pp. 540-549. El autor desarrolla cada una de las cuatro garantías que componen desde su visión, el derecho de audiencia, concadenando las mismas, a efecto de construir una garantía completa, en la cual no pueden desligarse el juicio previo, el juez determinado, el cumplimiento de garantías del procedimiento y la ley previa.

¹⁵³ *Ibid*, p. 40. Las garantías procesales, son obligaciones al Estado, para hacer efectivo un derecho, por lo cual, la garantía de audiencia opera, según el autor, como una imposición de oír a una persona previo a afectar cualquiera de sus derechos, siendo indirectamente una forma de protección integral.

¹⁵⁴ ASECIO MELLADO, José María, *Introducción al Derecho Procesal*, 5ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 180. El autor nomina indistintamente el principio de contradicción o audiencia, valorando que es el mismo; señalando posteriormente que es una inclusión del segundo en el primero.

audiencia previa o sin al menos brindar la oportunidad de participación de los interesados, que podrían salir afectados con la decisión a tomar¹⁵⁵.

El derecho de audiencia presenta al menos tres exigencias:

1. La obligación de hacer del conocimiento de la parte contraria, los actos de su oponente, para poder contradecirlos eficazmente; facilitando a la parte contraria la última palabra sobre lo alegado.
2. Ambas partes deben tener la posibilidad de conocer y examinar las pruebas de su oponente, teniendo la oportunidad de ofrecer las pruebas idóneas para rebatir la pretensión; esto implica evitar el ofrecimiento sorpresivo de prueba, porque se obstaculiza a la contraparte la búsqueda de material probatorio que la contrarreste.
3. Otorgar la posibilidad de audiencia y defensa. Es decir, que la contraparte puede decidir no asistir al acto procesal de decisión, y esto no violenta sus derechos, siempre que apegado al principio de igualdad procesal, se encuentre cuando sea necesario, debidamente representado procesalmente¹⁵⁶.

Algunos actos por excepción, se ven privados de la garantía de audiencia previa, porque la naturaleza misma del acto ordenado lo exige, entre estas excepciones se puede mencionar a manera de ejemplo la expedición y ejecución de órdenes judiciales de aprehensión y de registro y allanamiento, en búsqueda de una persona a la que se imputa un delito, o a efectos investigativos de los mismos; así como libramientos de decretos de embargo y decretar algunas medidas cautelares; debiendo existir una fundamentación de tales actos y salvaguardar derechos Constitucionales con el ordenamiento de los mismos; no obstante, estos actos, gozan de derecho procesal de impugnación que permita combatir el

¹⁵⁵GRANIZO GARCÍA CUENCA, José Luis, “Los principios Constitucionales de Contradicción, audiencia y defensa en el proceso Civil, en especial en los actos de comunicación de las partes y el órgano judicial”, *Principios Constitucionales en el Proceso Civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 166-167. El autor señala que es un deber de los órganos jurisdiccionales, garantizar la audiencia a las partes, mediante los oportunos actos de comunicación; lo cual es independiente del derecho material.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 182. El autor señala cuatro exigencias, las tres señaladas y además aclara el caso en que las resoluciones son adoptadas sin audiencia de la parte contraria, aclarando que estos solo pueden ser validados en aquellos casos en que la urgencia y la necesidad de ejecución lo ameriten.

acto privativo¹⁵⁷. Es decir, que determinadas resoluciones pueden ser adoptadas inaudita parte, de forma excepcional y razonable; cuando por el carácter mismo de urgencia de la resolución a adoptar, el cumplimiento de la garantía de audiencia quitaría eficacia a la resolución¹⁵⁸.

17. Antecedentes históricos de la garantía de audiencia

La garantía de audiencia se encontraba plasmada en el derecho penal hebreo, y se caracterizaba por el derecho de todo miembro del pueblo de ser juzgado por el tribunal supremo, llamado *Sanhedrín*, teniendo el derecho de ser oído y de aportar pruebas, pudiendo ejercer esta defensa por sí mismo o por persona de su confianza¹⁵⁹

No obstante, el primer antecedente directo de la garantía de audiencia como garantía jurisdiccional, lo constituye la Carta Magna emitida a principios del siglo XIII por los barones ingleses al Rey Juan Sin Tierra, la cual marca el origen de lo que hoy se conoce como garantías constitucionales, siendo su precepto más importante el establecimiento que ningún hombre podía ser puesto en prisión, desterrado o muerto, sin un juicio de sus pares y conforme a la ley del país, estableciendo de esa forma el debido proceso legal¹⁶⁰.

El capítulo treinta y nueve de dicho documento histórico, establece lo siguiente: “*Ningún hombre libre será aprehendido, hecho prisionero, puesto fuera de la ley o exiliado ni en forma alguna arruinado, ni*

¹⁵⁷ OVALLE FAVELA, José, *op. cit.* pp. 46-47. Es decir, que a pesar de la excepcionalidad a la audiencia previa en algunos casos que por la naturaleza se amerita, siempre existe el derecho impugnatorio para salvaguardar los derechos Constitucionales del afectado.

¹⁵⁸ ASCENCIO MELLADO, José María, *op. cit.* p.182. El autor sostiene que la garantía de audiencia está sujeta a excepciones, siendo posible que se tomen resoluciones que afecten derechos, sin escuchar a la parte afectada, pero en resoluciones provisionales, que en caso de dar audiencia pierden su eficacia, como una orden de detención, una anotación preventiva o un decreto de embargo.

¹⁵⁹ BURGOA, Ignacio, *op. cit.* p. 562. El *Sanhedrin* estaba compuesto por sesenta representantes de Jehová, que podían fungir como acusadores, defensores y juzgadores; y era ante ellos que se juzgaba a todo miembro del pueblo de Israel, a quienes se les otorgaba audiencia oral, con reglas de publicidad y diurnidad.

¹⁶⁰ LAGUARDIA, Sandra Morena, *op. cit.* pp. 10 -11. La autora sostiene que la garantía de audiencia y el debido proceso como tal, tienen su base histórica en la Carta Magna.

*iremos ni mandaremos a nadie contra él, excepto mediante el juicio de sus pares o por la ley de la tierra*¹⁶¹, lo que constituye un antecedente directo de la garantía de audiencia y de juicio previo.

Para comprender la importancia de este antecedente, debe contextualizarse que en el siglo XIII, era la etapa feudal, y el señor feudal era el amo de las tierras, y también de las servidumbres a su cargo, teniendo dominio sobre todas las áreas de la vida, no existiendo ningún derecho oponible a la autoridad; al iniciar el desarrollo político y económico de las poblaciones medievales, los ciudadanos se imponen ante la situación de los señores feudales y se busca que se plasmen garantías individuales en el Derecho Cartulario¹⁶².

El atributo principal de la Carta Magna, es el de ser una normativa situada encima de la voluntad del monarca, quien además de no poder cambiarla, se encontraba en la obligación de cumplirla¹⁶³. Es decir, que constituye un cuerpo legal que obliga al poder concentrado en la monarquía, a garantizar el juicio, siendo en consecuencia, una garantía contra la autoridad; sin limitarse a ser una declaración teórica, pues establece mecanismos concretos como el establecimiento de una comisión fiscalizadora, que actuaba en casos en que se removían garantías básicas, hasta su reparación¹⁶⁴.

En Inglaterra se decretan ordenamientos que amplían una serie de derechos, como *Bill of petition*, *habeas corpus* y *bill of rights*; el primero, emitido en 1628, el cual amplía las garantías de la carta magna, en el sentido que no puede detenerse a una persona sin expresarle el motivo de su detención, además de ratificar el juicio previo; el *habeas corpus* fue promulgado en 1679 por Carlos II, poniendo al alcance de los ciudadanos un mecanismo para obtener protección del Estado contra detenciones ilegales o arbitrarias, incluyendo también la garantía de doble juzgamiento; y el *Bill of Rights*, data de

¹⁶¹ La Carta Magna, emitida el quince de junio de 1215, se reconoce como el primer antecedente del debido proceso o de las garantías fundamentales, pues se reconoce el derecho a juicio.

¹⁶² ZAMORA HERNÁNDEZ, Claudia Karina, “Violación de los derechos de los menores de edad en un conflicto armado”. Tesis de grado. Escuela de Ciencias Sociales, Artes y Humanidades, Universidad de Las Américas, Puebla, 2007. p. 5. La autora ilustra en el contexto histórico la necesidad de crear garantías, como la única forma de limitar el poder ejercido por el señor feudal.

¹⁶³ AVILA HERRERA, José, *Derecho al Debido Proceso*, Revista Vox Iuris XII , Año 17, consultado en: www.derecho.usmp.edu.pe/chiclayo/vox_juris_12_1.pdf, el día 25 de septiembre de 2012.

¹⁶⁴ ZAMORA HERNÁNDEZ, Claudia Karina, *op. cit.* p. 7. Esta comisión creada por la Carta Magna tenía facultad para embargar castillos o posesiones reales, así como la potestad de tomar todas las medidas necesarias hasta reparar el derecho infringido, a satisfacción.

1689 que introduce en materia de garantías procesales, el derecho de asistencia letrada, además de la estabilidad del juzgador¹⁶⁵.

La revolución Francesa, por la cual se materializa la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en 1789, tiene también trascendencia en la evolución de los derechos humanos y las garantías fundamentales, tutelando los derechos de igualdad, propiedad, seguridad e integridad de las personas, lo cual fue evolucionando en los ordenamientos jurídicos, y contribuyó también a la Constitucionalización de los Derechos Humanos¹⁶⁶.

También se encuentran antecedentes de este derecho, en la Constitución de Estados Unidos de América, específicamente en la enmienda hecha en 1791, en la cual se reconoce el carácter constitucional de los derechos fundamentales del hombre y sus garantías; señalando el debido proceso legal. Esto es desarrollado jurisprudencialmente por el supremo tribunal, de lo cual sobresale el caso *Marbury vrs. Madison* en el año 1803, en el cual se definió que el Estado puede tutelar derechos vulnerados por cualquier autoridad, si son contrarios a la ley Fundamental¹⁶⁷. Es decir, que se reconoce el control de los actos estatales, limitando los mismos a los con lo establecido en la ley fundamental.

18. Antecedentes legislativos en El Salvador

La primera Constitución de la República, fue emitida en el año de 1824, con el fin de crear un cuerpo legislativo que marcara la independencia de El Salvador, de la nación centroamericana, sin que represente en materia de derechos humanos mayores aportes, y por lo tanto establece garantías para hacer efectivos los anteriores. A diferencia de la anterior, la Constitución de 1841, presenta aportes en materia de derechos humanos; declarando garantías del pueblo, entre las cuales se encuentra por

¹⁶⁵ ZAMORA HERNÁNDEZ, Claudia Karina, *op. cit.* p. 8. El derecho de petición y la exhibición personal como garantías frente al Estado, son introducidas en Inglaterra en el siglo XVII.

¹⁶⁶ ELIZONDO CONTRERAS, ERNESTO, Análisis de la garantía de seguridad jurídica en las resoluciones dictadas dentro del procedimiento administrativo disciplinario para servidores públicos. Tesis de grado. Escuela de Ciencias Sociales, Artes y Humanidades, Universidad de Las Américas, Puebla, 2007, p. 2 catarina.udap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/Elizondo_c_e/capitulo_4.html, consultado el día 25 de septiembre de 2012.

¹⁶⁷ LAGUARDIA, Sandra Morena, *op. cit.* pp. 16-17. Esto representa un control de la Constitucionalidad, pero también un control del Estado hacia los órganos del mismo ante la vulneración de un derecho.

primera vez, la garantía de audiencia, señalando que ninguna persona puede ser privada de su vida, propiedad, honor o libertad, sin ser oída y vencida en juicio de conformidad con las fórmulas que establecen las leyes; reservando la garantía para efectos procesales. Este mismo concepto es recogido en las Constituciones de 1864, 1871, 1872. La Constitución Política de 1880, innova la redacción, en el sentido de incorporar la escucha y juicio previo a la toma de una decisión que afecte la esfera de derechos, repitiéndose en las Constituciones de 1883 y 1886; incorporándose en esta última, el juicio de amparo; y repitiéndose con pequeñas variantes semánticas, en las subsiguientes cartas magnas de 1939, 1944 y 1945¹⁶⁸.

A partir de la Constitución de 1950, se contempló en la Constitución de la República, el habeas corpus, así como el ámbito de los derechos protegidos con la garantía de audiencia, según lo establecía el artículo 164¹⁶⁹ de dicho cuerpo legal. Reconociendo también esta Constitución, el derecho de amparo ante la violación de cualquier derecho, sacando el mismo de los derechos individuales y ubicándolo en el área de derechos Constitucionales, revistiendo con ello de importancia a la vulneración de cualquier derecho de los contenidos en la Ley Fundamental.

En El Salvador, el 15 de octubre de 1979, se da un golpe de Estado y se establece una Junta Revolucionaria de Gobierno, la cual asume funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales, rompiendo con el principio constitucional de independencia orgánica. Bajo este contexto, y en aras de recuperar los avances democráticos logrados con la evolución Constitucional hasta el año de 1952, se constituye la Constitución de la República de 1983, la cual presenta grandes avances en materia de derechos individuales y justicia constitucional, al reconocer a la persona humana como el fin y origen de la actividad estatal y al crear la Sala de lo Constitucional, como un ente encargado de resolver los

¹⁶⁸ QUINTEROS ESPINOZA, Alejandro Antonio, *op. cit.* p. 41. El juicio de amparo es incorporado en la Constitución de 1945, y nace como un control de los actos del Estado, por medio de la Corte Suprema de Justicia, por la vulneración de derechos fundamentales.

¹⁶⁹ El artículo 164 de la Constitución de la República de 1950, establecía : *“Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su libertad, ni de su propiedad o posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa.- Toda persona tiene derecho al habeas corpus ante la Corte Suprema de Justicia o Cámaras de Segunda Instancia que no residan en la capital, cuando cualquier autoridad o individuo restrinja ilegalmente su libertad”*

asuntos de relevancia Constitucional¹⁷⁰. Esta Constitución coincide con el período de guerra civil en El Salvador, la cual finaliza con acuerdos de paz en el año de 1992, entre los cuales se acordaron reformas trascendentales a la Constitución de la República, no solo en área de seguridad, sino en la composición de la Corte Suprema de Justicia, incidiendo en la garantía de derechos fundamentales.

La Constitución vigente, en el artículo 11, establece la garantía de audiencia, en los siguientes términos: *“Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos, sin ser previamente oída y vencida en juicio, con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”* ; desprendiéndose de su lectura, no solamente la garantía de audiencia, sino un proceso acorde a la constitución, como una obligación del Estado para afectar la esfera de derechos de la persona humana. De la lectura de este artículo, se establece que dicha garantía es para nacionales y extranjeros, pues no hay distinción en el carácter personal, reconociendo por ello, a la persona natural o jurídica; obligando a todos los órganos del Estado, por responder esta garantía a razones de orden público¹⁷¹.

18.1 Ordenamientos Internacionales

Considerando que el artículo 144¹⁷² de la Constitución de la República, señala que los tratados internacionales debidamente ratificados por El Salvador, se constituyen ley de la República, es importante señalar que en el ámbito internacional encontramos reconocimiento de la garantía de audiencia, en distintas normativas.

¹⁷⁰ LAGUARDIA, Sandra Morena, *op. cit.* pp. 33-34. La autora refiere que el artículo 183 de la Constitución de la República, del año 1983, señala que es la Corte Suprema de Justicia, por medio de la Sala de lo Constitucional en tribunal competente para declarar inconstitucionalidades.

¹⁷¹ BERTRAND GALINDO, Francisco, *op. cit.* p. 867. El autor señala que no hay condición alguna para ser sujeto titular de la garantía, que ser persona humana, independientemente de nacionalidad o condiciones personales.

¹⁷² El Artículo 144 de la Constitución de la República establece en lo pertinente que *“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados... constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución...En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁷³, refiere en su artículo 19, que “todo individuo tiene derecho a la Libertad de opinión y expresión”, incluyendo en el desarrollo del contenido de este derecho, el de no ser molestado a causa de sus opiniones y el poder difundirlas por cualquier medio.

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁷⁴, en su artículo 19, dispone que nadie puede ser molestado a causa de sus opiniones; y el punto 2, establece que “*toda persona tiene derecho a la libertad de expresión...*”, siendo sus limitantes principales, los derechos de terceras personas y la seguridad nacional y el orden, salud y moral públicos.

Dentro del Sistema Interamericano, la Declaración Americana sobre Derechos y deberes del hombre, señala en su artículo 4, la Libertad de opinión, de expresión y de difusión del pensamiento. No obstante lo anterior, en cuanto al reconocimiento de todo ser humano de emitir su opinión, su consagración y regulación en cuanto a la niñez, debía responder a las condiciones especiales de crecimiento y desarrollo, atendiendo a las condiciones de desarrollo humano que desarrolla la psicología evolutiva¹⁷⁵.

La Convención Americana de Derechos Humanos¹⁷⁶, señala en su artículo 8.1, que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y en un plazo razonable por un juez previamente establecido por la Ley, señalando que es en la sustanciación de cualquier proceso, señalando literalmente que “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones en el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”.

¹⁷³ La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217, del 10 de diciembre de 1948.

¹⁷⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos. Adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, ratificado por El Salvador según decreto legislativo 27 del 23 de noviembre de 1979, D.O. 218, 23 de noviembre de 1979.

¹⁷⁵ DEL MORAL FERRER, Anabella, *op. cit.* p. 76. A pesar de garantizar los derechos de la infancia, en lo que concierne a la garantía de audiencia, se condiciona a la madurez del niño.

¹⁷⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) emitida por la Organización de Estados Americanos, el 22 de noviembre de 1969; ratificado por El Salvador, el 30 de marzo de 1995; D.L. N° 319, del 30 de marzo de 1995, publicado en D.O. N°82, Tomo 327, del 5 de mayo de 1995.

En ese orden, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece en su artículo 12, que todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, tiene derecho a expresar su opinión en todo asunto que le afecte, teniendo la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo directamente o por medio de su representante, de acuerdo a las normas de procedimiento de la ley nacional.

Esto invita a las personas adultas, a escuchar a la niñez y ofrecer espacios de comunicación para fomentar el protagonismo, y que los niños, niñas y adolescentes planteen a las autoridades sus necesidades, intereses, problemáticas y presenten alternativas de solución en todo proceso judicial que les afecte, lo que incluye la garantía de audiencia en diversos procesos ante el órgano judicial¹⁷⁷.

Es decir, que este derecho se compone de tres partes, el derecho de expresar su opinión, el derecho de ser oído y el de que esa opinión sea tomada en cuenta en razón de la edad y madurez del niño; debiendo extenderse el cumplimiento a todo proceso administrativo o judicial que afecte su esfera de derechos¹⁷⁸.

19. La garantía de audiencia en el debido proceso.

El debido proceso o tutela judicial efectiva- como es denominado en el derecho español- señala el derecho de toda persona a que se le siga un proceso con todas las garantías establecidas en la ley, prohibiendo expresamente que por parte de jueces y tribunales, pueda producirse cualquier indefensión. También puede definirse como el derecho que tiene toda persona a que se le haga justicia. Esto se traduce que cuando pretende algo de otra, esta pretensión sea conocida y resuelta por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas; y también es considerado como un

¹⁷⁷ LOPEZ HURTADO, Carlos Emilio, “Anotaciones sobre derecho de familia y su relación con el derecho de niñez y la adolescencia”, en AA.VV. ALVARADO BONILLA, José Daniel y otros, *Derecho de Familia Centroamericano* 1a Ed., Editorial Jurídica Continental, San José, 2010, pp. 310-311. El autor señala que la garantía de audiencia es un derecho humano de la niñez, en los procesos judiciales de todas las materias, siendo el requisito, que la niñez se vea afectada.

¹⁷⁸ DEL MORAL FERRER, Anabella, *op. cit.* p. 77 La autora descompone el contenido del artículo 12 CDN de una forma tridimensional, que diferencia el derecho de expresar su opinión del derecho a ser escuchado, teniendo como tercer elemento la valoración de esta opinión, pero siendo necesario que se cumplan las tres dimensiones, para tener por garantizado el derecho.

derecho público subjetivo de toda persona, a acceder a tribunales imparciales e independientes, que están obligados a dar un proceso equitativo en el que se respeten todos los derechos y garantías de los justiciables; lo cual, presupone que toda pretensión sea atendida por un órgano estatal independiente, en un proceso investido de garantías que permitan una defensa adecuada¹⁷⁹.

Al respecto, la sentencia 7- R-95, de fecha 17 de octubre de 1996, en la cual la Sala de lo Constitucional conoce por la vía de amparo, la vulneración del derecho de audiencia en un proceso administrativo llevado por una Alcaldía Municipal, para expropiar a una persona de su derecho a propiedad, recoge jurisprudencia importante sobre las autoridades obligadas a cumplir con tal garantía, siendo clara en señalar que tanto las autoridades administrativas como las judiciales son garantes de los principios Constitucionales.

En lo pertinente, dicha sentencia señala que *“Respecto a la garantía de audiencia... la misma ha sido establecida como la máxima protección efectiva de los derechos de los gobernados... es absoluta y no admite más excepciones que las que la misma Constitución establece expresamente, al facultar a un órgano del Estado a privar a un gobernado de un derecho sin el requisito de previo juicio... la garantía de audiencia, obliga a todos los órganos del Estado; ya que en su esencia, no sólo responde a una protección al gobernado, sino que obedece a razones de orden público; razón por la cual, toda ley que faculta para privar de un derecho, debe establecer las causas para hacerlo y los procedimientos a seguir, a efecto de cumplir con la garantía constitucional; pues el incumplimiento a ésta, infringe la Constitución”*¹⁸⁰; declarando por tanto ha lugar la vulneración y condenando a la autoridad en costas, daños y perjuicios.

La garantía de audiencia es un pilar básico del proceso y es definido como la oportunidad de las partes de participar en cada fase procesal, desde el momento de iniciar la litispendencia; y supone no solo el

¹⁷⁹ OVALLE FAVELA, José, *op. cit.* p.223–224. El autor sostiene que es obligación del Estado el cumplimiento de las garantías procesales.

¹⁸⁰ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 7 R 95, de fecha 17 de octubre de 1996, p. 3. En ese mismo orden, la Sentencia 11- F- 94, del 24 de mayo de 1995, señala que todos los órganos del Estado son obligados a garantizar el derecho de audiencia y juicio previo, puesto que es un aspecto de orden público y de trascendental importancia, al ser considerada como la máxima protección efectiva de los derechos de los gobernados.

acceso al proceso, sino el conocimiento de todo lo que se resuelva en el mismo, teniendo la oportunidad de contradecir y de exponer lo que crea oportuno en su defensa; es decir, que forma parte de la garantía de audiencia, la obligación de los órganos judiciales de garantizar el derecho de audiencia de las partes a través de los actos de comunicación¹⁸¹.

La referida garantía de audiencia se despliega en tres momentos distintos: a) en el acceso a la justicia; b) una vez en el proceso, asegurando que ante los tribunales se siga un proceso que permita la defensa efectiva de los derechos y una solución en un plazo razonable; y c) en la ejecución de la decisión, por la eficacia de la sentencia¹⁸².

Para que un proceso pueda ser considerado equitativo, se requiere de un tribunal independiente e imparcial, previamente establecido, pero además de ello, es necesario que se realice a través de audiencias públicas y con respeto a los principios de igualdad y contradicción, dentro de un plazo razonable. Dentro de este proceso, la garantía de audiencia actúa como una obligación del Estado de escuchar a toda persona previamente a privarla o afectar cualquiera de sus derechos; lo que implica que se le dé la oportunidad razonable de exponer su acción, de defenderse en juicio y de alegar su pretensión ante un juzgado establecido por la ley. Otorgándose esta garantía a ambas partes y no solo al demandado; imponiendo una obligación al juzgador de otorgar oportunidades razonables para exponer hechos, probarlos y alegar sobre los mismos¹⁸³.

De tal forma, que la garantía de audiencia¹⁸⁴, como parte de las garantías constitucionales del proceso, debe verificarse en cada una de las fases del mismo, desde la oportunidad de exponer los hechos y

¹⁸¹ GRANIZO GARCÍA CUENCA, José Luis, *op. cit.* p.166. El autor insiste en la importancia de cumplir los actos procesales no solo formalmente, sino dando una oportunidad real de audiencia a la parte contraria.

¹⁸² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *op. cit.* p. 57. Se cita también la sentencia s.26/1983, la cual declara que el contenido complejo de la tutela judicial efectiva, incluye el acceso, a obtener un fallo y a que este se cumpla, de tal forma que el recurrente sea restablecido en su derecho. Al respecto Ovalle Favela, señala el contenido en tres momentos, con una descripción similar, con la excepción que en el segundo momento no incluye una resolución en plazo razonable.

¹⁸³ OVALLE FAVELA, José, *op. cit.* p.229. La garantía de audiencia debe otorgar la oportunidad de exponer su posición en cada parte del proceso, tanto en el derecho de acceso, probatorio e impugnativo.

¹⁸⁴ La denominación garantía de audiencia, fue utilizado por la Sala de lo Constitucional, en años anteriores a 1998, indistintamente al debido proceso, igualándola a la denominación debido proceso. Al respecto, Ignacio Borgua, en su obra *Las garantías Individuales*, señala que la garantía de audiencia, es equivalente en el derecho mexicano, a lo que es el debido proceso en el derecho norteamericano; señalando como ejemplos de esta

pretensiones, pasando por el respeto de su derecho de audiencia en cada una de las fases del proceso, dando una oportunidad real de manifestarse, probar y controvertir la prueba, así como hacer los alegatos correspondientes; y finalizando con la oportunidad de intervención en la fase de impugnación y ejecución de la sentencia o resolución tomada.

Al respecto, puede citarse que el Tribunal Constitucional Español, ha establecido importantes criterios sobre la garantía de audiencia; en cuanto a su definición, alcance y efectos. En su sentencia 1147/1986¹⁸⁵, amplía el concepto tradicional de debido proceso o tutela judicial efectiva, pues no solamente vela por el cumplimiento de rituales procesales, sino que señala que es obligación del juez dar una oportunidad real de audiencia que permita ejercer una defensa real; señalando como parte de esa garantía, la notificación y citación de las partes de forma efectiva, para dar una oportunidad de ejercer el derecho, pues la omisión de las notificaciones, produciría una indefensión y por lo tanto, entraría a ser objeto de conocimiento constitucional.

Asimismo, en la sentencia 143/1990¹⁸⁶, en la cual se resuelve si existe infracción al principio de audiencia en un proceso de adopción, en el cual no se emplaza a la madre biológica, alegando por lo tanto, que se le ha vulnerado el derecho de ser oída. A lo que el Juez denunciado señaló que lo dicho por la madre biológica no tendría incidencia en la decisión, por lo cual no había violación o afectación de derecho alguno, constando en autos que se tenía disposición de dirección para realizar el emplazamiento. En esta sentencia, se establece la obligación del juzgador, de conceder la oportunidad de exponer las pretensiones y escuchar a la madre, previo a privar de los derechos que como madre le corresponden en relación al niño sujeto de adopción, pues el niño pasaría desde ese momento a tener

denominación por parte de la Sala de lo Constitucional, las Sentencias de Inconstitucionalidad 15-96/16-96/17-96, entre otras. Citado por GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto y otros, en *Ensayos Doctrinarios sobre el Nuevo Código Procesal Penal*, 1ª Ed., Impresos Litográficos, San Salvador, 1998, pp. 97-98

¹⁸⁵Sentencia 1147/1986. Decretada el 2 de octubre de 1986. En lo pertinente señala “*El artículo 24.1 de la Constitución Española, en el amplio ámbito de la tutela judicial efectiva, no solo comprende el derecho de acceso a la justicia y a los recursos...sino también el derecho de audiencia bilateral configurado por el principio de contradicción, el cual se convertiría en inútil e imposible, sin el deber judicial previo de garantizar esa audiencia, mediante las oportunas notificaciones y citaciones...*”

¹⁸⁶Sentencia TC 143/1990. 26-9.1990. En la misma, el tribunal Constitucional establece que *la tutela judicial efectiva, garantiza el adecuado ejercicio del derecho de audiencia bilateral para que las partes “puedan hacer sus pretensiones. De ahí la especial relevancia que reviste el emplazamiento de quienes han de ser o pueden ser partes en el procedimiento judicial pues solo la incomparecencia voluntaria o por negligencia injustificable de la parte podría justificar en principio, una resolución inaudita parte”*.

otra filiación, por lo cual, deberá darse la oportunidad de escuchar a la madre y de escuchar su posición.

La garantía de audiencia se constituye como una de las más importantes dentro del Estado Constitucional de Derecho, porque es la herramienta para garantizar la exposición de la visión de los hechos y el ofrecimiento de elementos de prueba, lo que al mismo tiempo garantiza el derecho de defensa; derivando el cumplimiento de la garantía de audiencia, en la admisión de pruebas, la participación en su práctica y la extensión de la participación de ambas partes en la actividad probatoria en toda clase de procesos¹⁸⁷

La aplicación Constitucional y la garantía de los derechos fundamentales, debe ser judicializado por todos los jueces, independientemente de la naturaleza sustantiva del caso, de tal forma que es exigible a toda resolución, la fundamentación expresa y razonable así como la tutela de los derechos fundamentales en el desarrollo del proceso; en consecuencia, la garantía de audiencia, se extiende a toda clase de procesos judiciales, pero también a todo proceso que lleve un fin sancionador no jurisdiccional, pues el fundamento de la garantía no es procesal, sino que es la garantía de derechos fundamentales en general. Y debe ser visto también en su vertiente negativa, es decir, la libertad de no opinar, no aportar pruebas y el derecho a no declarar contra uno mismo¹⁸⁸. Es decir, que esta garantía no es exclusiva del ente judicial, y debe ser respetada también en la toma de decisiones administrativas.

Otro elemento importante para la garantía del debido proceso, lo constituye la obligación judicial de información, lo cual si bien es cierto, está vinculado con el principio de publicidad, también tiene íntima relación con el derecho de audiencia¹⁸⁹, en vista que al no hacer del conocimiento de las partes, lo

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *Los derechos de audiencia y al juez legal en el sistema constitucional español*, 1ª Ed., Universidad de Oviedo, España, 2008, p. 81. El autor sostiene que la garantía del derecho de audiencia se vuelve fundamental porque es a través de ella se garantiza la tutela judicial efectiva, pues parte fundamental de la garantía es el ofrecimiento probatorio y la participación en la producción de prueba en todo proceso, por lo cual, al no admitirse o producirse esta prueba, se vulneraría directamente la tutela judicial efectiva de los derechos de la persona, vulnerándose también el derecho de defensa y audiencia.

¹⁸⁸ *Ibid.* p.83

¹⁸⁹ En este punto la Sala de lo Constitucional de El Salvador ha dicho: “(...) para que el proceso sea constitucionalmente adecuado entre otras cosas, es necesario que se respete, integralmente, el derecho de

expuesto en un proceso, no se da una oportunidad real de que se emita respuesta sobre lo mismo. La interpretación en cuanto a la obligación de informar, radica en el hecho de notificar de cualquier resolución o intervención de la parte contraria, el emplazamiento para apersonarse y hacer valer el derecho de defensa, citaciones, como parte del derecho de audiencia, al hacerle saber a las personas el día y hora en que se lleva a cabo una diligencia judicial, para garantizar que las partes tengan la oportunidad de apersonarse y ejercer directamente sus derechos; la extensión de certificaciones, para que se tenga el derecho real de controvertir su contenido, debiendo quedar constancia de tales actos, para cumplir con la garantía de dar al menos la oportunidad de audiencia¹⁹⁰.

El objetivo principal del derecho de audiencia, es garantizar a las partes procesales un canal bidireccional con la instancia judicial, teniendo desde la vía del juez hacia las partes, la obligación del ente judicial, de informar efectivamente por medio de mecanismos de notificación y citas que puedan dar fe que el acto fue efectuado, pero principalmente, que permitan a las partes la oportunidad de manifestarse sobre sus derechos, para lo cual es preciso conocer los hechos y ofrecer los medios de prueba pertinentes. Y en la vía contraria- de las partes al juez- implica la oportunidad de manifestar la visión de los hechos, presentar y controvertir la prueba, tener la oportunidad de asistir a toda diligencia y el alegar dentro del proceso¹⁹¹.

Respecto a este punto, es importante señalar que la violación de la garantía de audiencia, implica que no se dé la oportunidad a la parte contraria, pero no el hecho de su inasistencia o no participación en el proceso, cuando se han dado posibilidades reales de su participación en el mismo. Al respecto, existen reiterados pronunciamientos respecto a la garantía de audiencia, por parte de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, en diferentes procesos administrativos, en los cuales se ha privado a una persona de un derecho, sin el cumplimiento de lo señalado en el artículo 11 de la Constitución de la República. Al respecto, la sentencia de amparo 33- A- 95, pronunciada el día veintidós de enero de mil

audiencia contemplado en la Constitución, ya que, el mismo es un elemento esencial y configurativo del instrumento de satisfacción de pretensiones señalado.” Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo No. 580-98, de fecha 29 de marzo de 2001.

¹⁹⁰ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *op. cit.* pp.84-85. El autor señala la doble vía del derecho de audiencia, enlazándolo con el derecho de publicidad, señalando la efectividad de los actos de notificación como parte fundamental de la garantía del derecho de audiencia, al construir una oportunidad real de su ejercicio.

¹⁹¹ *Ibid.* pp.104-106. El autor sostiene que la garantía de audiencia es base del derecho de intermediación y que es una obligación para el juez, pero también una vía de acceso para el justiciado.

novecientos noventa y siete, contempla la violación de la garantía de audiencia en un proceso administrativo de destitución, en el cual, se señala que la garantía de audiencia se perfecciona con la oportunidad real dada al justiciado de ser oído en juicio, sin perjuicio que este no comparezca por voluntad propia, caso en el cual no se tendría por vulnerada la garantía de audiencia¹⁹²; por lo cual se declara sin lugar el amparo.

Esto es reiterado en la sentencia 80/97¹⁹³ la cual señala “Refiriéndonos al contenido del derecho de audiencia, el artículo 11 Cn, señala en esencia que la privación de derechos -para ser válida jurídicamente- necesariamente debe ser precedida de proceso seguido conforme a ley. Al respecto, tal referencia a la ley no supone que cualquier infracción procesal o procedimental suponga o implique per se violación constitucional, pero si exige que se respete el contenido esencial del derecho de audiencia. Aspectos esenciales de dicho derecho, de modo genérico y sin carácter taxativo, son: a) que a la persona a quien se pretende privar de alguno de sus derechos se le siga un proceso -que no necesariamente es especial, sino aquel establecido para cada caso por las disposiciones infraconstitucionales respectivas.; b) que dicho proceso se ventile ante entidades previamente establecidas; c) que en el proceso se observen las formalidades esenciales procesales o procedimentales; y d) que la decisión se dicte conforme a las leyes existentes con anterioridad al hecho que la hubiere motivado”.

Al realizar una descomposición analítica de la forma en que se establece la garantía del debido proceso en general, se encuentran al menos cuatro elementos:

¹⁹² La Sentencia de la Sala de lo Constitucional, 33-A- 95, de fecha 22 de enero de 1997, p. 3-4, señala literalmente: “...consta en el expediente de este proceso de amparo, la prueba remitida por la autoridad demandada, en la que aparece que en el procedimiento instruido en la Sección de Investigaciones de la Policía Nacional Civil del Departamento de La Unión, no obstante haber sido citado dos veces el señor Germán Wilfredo Álvarez Martínez, éste no compareció a rendir su declaración; por lo que es de concluir, que se le concedió la posibilidad de intervenir en el procedimiento, de ser escuchado y de desvirtuar los hechos que se le imputaban... Aparece, pues, de la relación hecha en los acápite anteriores, que al señor Germán Wilfredo Álvarez Martínez, se le permitió, previamente a su destitución como Agente de la Policía Nacional Civil, el ejercicio de su derecho de audiencia; y, que su intervención en el recurso de revisión ante la Dirección General, no constituye requisito indispensable para dotar de validez a dicho procedimiento; siendo procedente en consecuencia, desestimar la pretensión del impetrante”.

¹⁹³ Sentencia decretada por la Sala de lo Constitucional, el 28 de mayo de 1998, respecto al contenido del derecho de audiencia. En el mismo sentido las sentencias AS035997.98, AS002T95.98, AS026597.98 AS030S96.98 y AS024097.98. Asimismo, el contenido coincide literalmente con lo dicho por Ignacio Burgoa, *Vid.* 17

a) Se determina un sujeto de protección enunciado de forma negativa¹⁹⁴, teniendo como condición de titularidad demostrar su calidad como tal. Es decir, que este derecho se reconoce a todas las personas, naturales o jurídicas, independientemente de su nacionalidad y condición. En esta titularidad, el sujeto gobernado, que es titular de la garantía de audiencia, y la autoridad obligada, se encuentran en una relación de supra a subordinación, pues no es posible separar ambos conceptos al momento de conjugar la garantía de audiencia, pues es indispensable que existan actos de autoridad, que tienen como ámbito de operatividad, la esfera de derechos del particular, titular del derecho¹⁹⁵.

b) El Objeto de protección de esta garantía, es la gama de derechos subjetivos, que requiere de protección constitucional, es decir, derechos individuales susceptibles de ser vulnerados por el ente estatal.

c) El tercer elemento lo constituyen los actos frente a los cuales se otorga la protección, es decir, la acción u omisión del Estado; pues por la naturaleza misma de la garantía Constitucional, tal como se ha planteado anteriormente, es oponible frente a actos de autoridad. En el caso de la garantía de audiencia, los actos por los cuales se otorga la protección, son actos de autoridad, privativos de derechos¹⁹⁶

Es decir, que por la naturaleza misma de la garantía de audiencia, esta solo puede oponerse frente a actos de autoridad que tengan por objetivo o como consecuencia, privar a las personas de sus derechos o posesiones¹⁹⁷. A esto se le denomina acto de privación, y es el resultado o consecuencia de un acto de autoridad que se traduce en un menoscabo de la esfera jurídica de derechos de una

¹⁹⁴ Se dice que el enunciado es en forma negativa porque en la mayoría de legislaciones se reconoce el derecho al debido proceso, enunciando al titular o sujeto de protección con la frase “ninguna persona puede ser privada...”, entendiéndose que estas personas titulares del derecho, no pueden ser privadas del mismo sin el debido proceso.

¹⁹⁵ BURGOA, Ignacio, *op. cit.* p. 528. El objeto de la garantía es llevar al ciudadano subordinado al poder del Estado a una condición equitativa, y limitar los poderes estatales a un mínimo de garantías establecidas.

¹⁹⁶ GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto y otros, *op. cit.* p. 109. La garantía opera siempre por un acto privativo de derechos a los particulares, y es oponible exclusivamente al Estado.

¹⁹⁷ OVALLE FAVELA, José, *op. cit.* p. 40. Al respecto, el autor señala que la privación debe ser definitiva, es decir, que no afecta para resoluciones que afecten de forma provisional derechos o posesiones.

persona, ya sea por el despojo de un derecho o por impedírsele el ejercicio del mismo; debiendo además, esta privación ser el fin principal del acto de autoridad¹⁹⁸.

d) El último elemento lo constituyen, los modos de protección. Esto lo constituye el ser oído y vencido en juicio con arreglo a las leyes. Este elemento se desglosa en dos requisitos: el primero, conlleva el derecho de toda persona a tener la oportunidad real de defenderse, mediante las alegaciones y actividad probatoria; y el segundo, la oportunidad de participación en el juicio, como requisito previo a la privación de un derecho¹⁹⁹.

20. Sanciones Procesales.

El incumplimiento de las garantías procesales, genera nulidades, pues el Juzgador, desde la perspectiva Constitucional²⁰⁰, tiene la obligación de cumplir con todas las garantías constitucionales en cada fase procesal; existiendo causales específicas en algunas legislaciones secundarias y jurisprudencia respecto a las distintas causales de nulidad, las cuales se desarrollarán oportunamente.

Las garantías pueden dividirse en primarias y secundarias, considerando dos niveles distintos de efectividad; las de primer grado, están dirigidas a realizar una efectividad de los derechos garantizados, y las secundarias, son las orientadas a asegurar una efectividad secundaria, a través de la anulabilidad o de la responsabilidad de los actos cometidos en violación a las primarias. La garantía secundaria es exclusivamente la obligación de anulación por haber violentado una garantía primaria; siendo la garantía primaria, la obligación del Estado y la secundaria, la anulación del acto emanado del Estado sin respetar ese derecho y deducir responsabilidad por el mismo²⁰¹. Esto respalda la sanción procesal

¹⁹⁸ BURGOA, Ignacio, *op. cit.* p. 529. En este contexto, el autor señala que en los casos en que un acto de autoridad no tenga por objetivo el egreso de un bien, despojo de un derecho o imposibilitación de su ejercicio, no sería un acto privativo, para los efectos de la tutela judicial efectiva, en cuando a la garantía de audiencia.

¹⁹⁹ GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto y otros, *op. cit.* p. 110.

²⁰⁰ La Constitución de la República de El Salvador, en su artículo 172, establece que es potestad exclusiva del órgano judicial, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y que todo funcionario judicial está sometido exclusivamente a la Constitución y a las leyes, lo cual conlleva la obligación del juzgador de cumplir con todas las garantías constitucionales en el desarrollo del proceso. Constitución de la República de El Salvador, Decreto Número 38, del 15 de diciembre de 1983; publicado en el Diario 234, tomo 281, del 16 de diciembre de 1983.

²⁰¹ FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011, pp. 630-631

de nulidad, como una consecuencia obligatoria de la violación del derecho subjetivo de audiencia, a través de la garantía, pues el incumplimiento de la obligación del Estado, conlleva como sanción la invalidación del acto, que es tomado como ilícito e inconstitucional.

Es decir, que las garantías secundarias, son siempre garantías reparadoras, dirigidas a eliminar o reducir el daño o a intimidar o castigar a los responsables, a pesar que cualquier reparación *post factum* es siempre imperfecta. No obstante la declaratoria de responsabilidad y la condena por el daño ocasionado, pretende reparar el daño ocasionado, dirigiéndose siempre esta garantía en contra del juzgador²⁰².

También es importante establecer, que se produce indefensión y por lo tanto vulneración de la garantía de audiencia, cuando por la ineficiencia del acto de comunicación se priva a la parte de ejercer su derecho de defensa- lo cual puede subsanarse con consentimiento de la parte en el acto procesal posterior, en caso de tener conocimiento del mismo- existiendo una sanción de nulidad por actos de comunicación que no alcanzan la finalidad para la cual fueron ordenados²⁰³.

Entre las nulidades más trascendentales en relación a la garantía de audiencia, se encuentran la infracción de las formalidades o del emplazamiento para contestar la demanda, falta de notificaciones y citaciones, afectando la posibilidad de las partes de ejercer su defensa y su derecho de audiencia; la negativa en la recepción de prueba o que se produzca sin la posibilidad de controvertirla por la parte contraria; y la omisión de audiencia a cualquier parte en el proceso²⁰⁴.

²⁰² FERRAJOLI, Luigi, *op.cit.* pp. 638- 642. Para el autor, la enunciación de derechos subjetivos, conlleva una garantía que obliga al Estado a su cumplimiento, lo que el autor denomina como garantía primaria, pero él señala que debe existir dentro del ordenamiento, normas que establezcan que en caso de incumplimiento de un derecho, debe existir la declaración de nulidad del mismo, así como declaración de responsable, para que esto opere como una forma de coacción e intimidación al obligado, y que haga efectivo el ejercicio del derecho.

²⁰³ GRANIZO GARCÍA CUENCA, José Luis, *op. cit.* pp. 167-168. El acto de comunicación si bien debe cumplir con formalidades, estas pueden ser subsanadas por la aceptación de la parte contraria, siempre que el acto cumpla con su finalidad y no se produzca vulneración.

²⁰⁴ GOCHEZ MARÍN, Ángel, *La garantía del audiencia y algunas nulidades procesales civiles*, 1ª Ed. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2005, pp. 13-17. El autor señala un listado de las nulidades procesales según la legislación Civil, pero se señalan solamente las que tienen relación directa con la garantía de audiencia.

Al respecto, la Sentencia 127 STC/2010²⁰⁵, establece que la garantía de audiencia debe operar en todas las fases procesales, de tal forma que ante la vulneración de las garantías procesales, se declara la nulidad y reposición de los actuado; ya que la referida sentencia es ante una interposición en de un incidente de nulidad de actuaciones, alegando la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por haberse revisado la valoración de pruebas personales practicada en primera instancia sin haber celebrado vista oral, señalando que el derecho a un proceso con todas las garantías en supuestos de condena en segunda instancia, es jurisprudencia ya reiterada de este Tribunal, iniciada en la STC 167/2002, de 18 de septiembre, y seguida en numerosas Sentencias posteriores (entre las últimas, SSTC 49/2009, de 23 de febrero; 30/2010 de 17 de mayo), que el respeto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, contenidos en el derecho a un proceso con todas las garantías, impone inexorablemente que toda condena se fundamente en una actividad probatoria que el órgano judicial haya examinado directa y personalmente y en un debate público en el que se respete la posibilidad de contradicción.

En ese mismo orden, la Sentencia STC 126/2012 cita que existe vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) y a tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por haberse dictado una sentencia condenatoria en segunda instancia sin haber oído al acusado y sin la debida intermediación, es decir, en violación a la garantía de audiencia; señalando que revocar la sentencia absolutoria, sin audiencia al acusado, ha irrespetado las garantías exigibles en la segunda instancia penal, al señalar que *"la presencia del acusado en el juicio de apelación, cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído"*.

²⁰⁵ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sentencia 127/2010, de 29 de noviembre de 2010. En ella se conoce de un amparo contra una sentencia de segunda instancia, en la cual, sin audiencia de la parte, se modificaron hechos valorados, por lo cual se conoce por la vulneración de un proceso con las garantías, incluyendo la de audiencia.

Por tal razón, concluyó que "*siendo las cuestiones tratadas esencialmente de naturaleza fáctica, ... la condena del demandante en apelación por la Audiencia Provincial tras un cambio en la valoración de elementos tales como la existencia de un verdadero perjuicio económico para la Hacienda pública o la intención fraudulenta del demandante, sin que este hubiese tenido la oportunidad de ser oído personalmente y de discutirlos mediante un examen contradictorio en el curso de una vista oral, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo*", concluyendo el Tribunal Constitucional, que el hecho de haber modificado el fallo absolutorio, sin haber dado audiencia al acusado supone, en atención a la doctrina constitucional expuesta, la vulneración del derecho a la defensa, por lo cual, a efecto de restituir el derecho, se declara la nulidad de la sentencia²⁰⁶.

Existen nulidades relativas y absolutas o de pleno derecho. Las primeras son las que se relacionan a defectos de forma, y su efecto es nulo solo en caso que el error impida alcanzar el fin del acto, es decir, que creen indefensión. En cambio las nulidades absolutas o de pleno derecho, son aquellas que se relacionan a defectos procesales cuya sanción es la nulidad del acto. La vulneración de la garantía de audiencia, entra en el segundo supuesto, puesto que es un acto procesal que causa indefensión, al no permitir que la persona se manifieste sobre lo que se pretende, ofrezca la prueba pertinente o aporte sus alegaciones. El efecto de la nulidad, es la invalidación del acto, la cual en las nulidades absolutas, surte efecto desde el momento en que se produce y afecta a los actos ulteriores dependientes; y la misma ser declarada de oficio o alegada, sin que exista un plazo establecido para ello. A diferencia de lo anterior, en las nulidades relativas deben ser alegadas inmediatamente, entendiéndose que en caso de no alegarlas son validadas tácitamente²⁰⁷.

Atendiendo a ello, las nulidades pueden ser declaradas ante dos supuestos: en primer lugar, que el juzgado que sustancia las actuaciones, descubra la nulidad y sea declarada así por el mismo juzgador. En este supuesto, esta declaración puede darse en cualquier momento antes de dictar sentencia. Y un

²⁰⁶ SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Sentencia 126/2012, de 18 de junio de 2012. Esta sentencia señala el carácter personalísimo de la garantía de audiencia y por ello, la obligación de citar personalmente al afectado.

²⁰⁷ BORRAJO INIESTA, Ignacio, *La Nulidad de Actuaciones según la ley orgánica del Poder Judicial, en Principios Constitucionales en el Proceso Civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp.270-275. La Ley Orgánica del Poder Judicial de España, señala los supuestos de nulidad, diferenciando entre aquellos que incumplen formas procesales y los que infringen principios básicos del proceso, siendo en este segundo caso una nulidad de pleno derecho.

segundo caso, que la nulidad sea declarada por el Tribunal superior al que dejó indefensa a alguna de las partes, en cuyo caso, deberá ser en el plazo para conocer del recurso correspondiente.

La nulidad de actuaciones, tiene dos funciones: es un instrumento para preservar los fines de garantía dentro del proceso, brindando a los justiciables, un escudo contra la indefensión; y es también un disolvente procesal que debe ser usado adecuadamente para evitar que sea usado para dilatar el proceso o como fraude, buscando dejar sin efecto pruebas ya producidas o procesos ya sustanciados²⁰⁸.

²⁰⁸BORRAJO INIESTA, Ignacio, *op. cit.* p. 267. El autor sostiene que la garantía de audiencia por sí misma es un escudo que opera como obligación de respeto del funcionario a las garantías procesales básicas, pero en caso de incumplimiento opera disolviendo o dejando sin efecto la resolución.

CAPÍTULO IV

DERECHO DE OPINIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

SUMARIO: 21. Consideraciones generales sobre el derecho de opinión de niñez y adolescencia. 22. Elementos del derecho de opinión. 23. Análisis del derecho de opinión en la Convención sobre los Derechos del Niño. 24. Derecho de niñez y adolescencia, a ser oídos en los procesos judiciales que les afecten, en el ordenamiento jurídico de El Salvador. 24.1 Procesos de Familia. 24.1.1 Procesos de la Ley Contra Violencia Intrafamiliar. 24.2 Tratamiento como víctimas y testigos en Procesos Penales. 24.3 Proceso Penal Juvenil. 24.4 Procesos Especializados en Niñez y adolescencia. 25. Derecho comparado. 26. Formas de recibir la opinión de niños, niñas y adolescentes. 27. Valoración de la opinión de niños, niñas y adolescentes. 28. Efectos del incumplimiento de la garantía de escuchar y valorar la opinión de niñez y adolescencia en los procesos que les afecten.

21. Consideraciones generales sobre el derecho de opinión de niñez y adolescencia.

El tema de la opinión de niñez y adolescencia se fundamenta en el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, es decir, su reconocimiento como personas, y como tales protagonistas de todo acto que les afecte; ya que toda decisión tomada sin escucharles, implicaría considerarlos instrumentos; pues en su calidad de persona todo niño ocupa un lugar similar al de todos los adultos, basado esto en razones de igualdad y de justicia²⁰⁹. Sobre lo anterior, Cecilia Grossman señala que “*escuchar al niño no es simplemente oírlo, es considerarlo y pensarlo como una persona*”²¹⁰ Es decir, que siendo el niño, titular de derechos, lleva consigo derechos inseparables a su personalidad; y por una elemental razón de igualdad y de justicia no puede caberle un rango inferior al que en esencia

²⁰⁹ PETTIGIANI, Eduardo Julio, “Escuchar al menor es conocerlo”, en AA. VV. *La Familia en el Nuevo Derecho*, op. cit. p. 208. El autor señala que los niños no tienen un rango de inferioridad al que ocupamos los demás, y están en la posibilidad de adquirir derechos de toda especie, por lo que en tal calidad, debe escuchárseles y volverlos protagonistas de la toma de decisiones que los tienen por destinatarios.

²¹⁰ GROSSMAN, Cecilia, *Los derechos del Niño en la Familia*, op. cit. p. 62. La autora reconoce la calidad de sujeto de derechos de la niñez, pero traslada la necesidad de una visión real por parte de los adultos, de considerar al niño en tal calidad y respetar desde esa perspectiva de igualdad, su derecho de opinión. En el mismo sentido, Eduardo Julio Pettigiani, señala que el reconocimiento del menor- niño- como persona es la piedra basal de todo lo que se pueda argüir sobre el tema. PETRIGIANI, Julio Eduardo, “Escuchar al menor es Conocerlo”, en AA.VV. HERRERA, Marissa, *La Familia en el Nuevo Derecho*, op. cit. p. 208.

ocupan todas las demás personas; y de esta forma, se reconoce esa individualidad que distingue al niño de otros, a efecto de entenderlo y saber de él, dotando de humanidad el proceso²¹¹.

La CDN introduce en la amplia gama de derechos y las bases de la participación la condición de ciudadanos de todos los niños, permitiéndole a estos, ser protagonistas de su historia, regulando en los artículos 12 al 17 derechos fundamentales relativos a la participación activa de este segmento de la población²¹²; es decir, que ese derecho de participación puede resumirse en el hecho que a partir de la Convención, la niñez y adolescencia ha ido conquistando el derecho de participar en la sociedad de acuerdo a su madurez y desarrollo, reconociéndose la ciudadanía activa de la infancia, lo cual puede atarse a los principios de no discriminación, de corresponsabilidad – lo cual obliga a generar espacios de participación, entendiéndose esta, como *la capacidad para expresar decisiones que sean reconocidas por el entorno social y que afectan a la vida propia y/o a la vida de la comunidad en la que uno vive*, entendiéndose que la participación incluye la capacidad para ser escuchados y tomar en cuenta sus requerimientos²¹³.

En este orden, el artículo 12 de la Convención señala que “*los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que los afectan... se dará al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo*”. Este mismo artículo señala que esta opinión puede ser escuchada “*directamente o por medio de su representante*”.

²¹¹ PETTIGIANNI, Eduardo Julio, “Escuchar al menor es conocerlo”, en AAWW, *La Familia en el Nuevo Derecho*, op. cit. pp. 208- 215. El autor sostiene que el niño, al ser una persona, goza de todos los derechos como titular de los mismos, y por lo tanto en el derecho de opinión, no hay diferencia alguna a los adultos.

²¹² DEL MORAL FERRER, Anabella, “El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño”, *Cuestiones Jurídicas, Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta*, Vol. I, N° 2, julio- diciembre 2007, p. 73. La autora señala el bloque de derechos de participación como una novedad de la doctrina de protección integral, que desarrolla también la garantía de opinión.

²¹³ BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia comentada de El Salvador Libro Primero*, 1ª Ed., Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 2011, pp. 433-442. El autor desarrolla los derechos de participación desde la visión de ciudadanía de la infancia, por la cual, los niños tiene los mismos derechos políticos que los adultos, con las excepciones en los cuales la ley impone algún rango de edad, como lo es el derecho al voto.

El derecho de opinión de la niñez y adolescencia, es novedoso en cuanto a la garantía de su ejercicio, teniendo como principales límites la edad y la madurez, de tal forma que pueda tener un juicio propio²¹⁴, lo cual conlleva una interpretación de lo que significa estar en condiciones de formarse un juicio propio o qué significa en función de la edad y madurez, e incluso si se hace directamente o si está garantizado al escuchar a su representante legal; lo cual debe interpretarse a la luz de los principios rectores, aceptando que el niño es sujeto de derechos y no objeto de amparo o compasión, por lo que debe darse la intervención debida y garantizar su derecho de ser escuchado, en toda materia que afecte sus derechos; pues caso contrario, sería relativizar el contenido de la Convención quitándole el valor que realmente tiene²¹⁵.

Por ejemplo, el Código de Familia, que debe hacerse constar entró en vigencia en 1994, en su artículo 280, señala que en los casos de tutela el juez oír a los adolescentes a partir de los doce años de edad, previamente al nombramiento de tutor. En el mismo orden, el artículo 174 del mismo cuerpo legal, señala que el mayor de doce años deberá manifestar su conformidad con la adopción, lo cual es acorde con el artículo 7 de la Ley Procesal de Familia, que en su contenido literal señalaba que era deber del juez escuchar a los adolescentes cuando hubieren cumplido doce años de edad, pudiendo esto ser aplicado, de tal forma que una persona menor de doce años de edad, no debía ser escuchada, a pesar de la trascendencia de la decisión a tomar²¹⁶. En contraste con lo anterior, la LEPINA señala principios rectores como el del ejercicio progresivo de las facultades y la calidad de sujetos de derechos de la infancia y adolescencia, además de una redacción que no exige edades mínimas para la escucha de opinión, constituyéndose en una garantía sin límites mínimos de edad.

²¹⁴ DEL MORAL FERRER, Anabella, “El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes en la Convención sobre los Derechos del Niño”, *op. cit.* p.74. La autora señala que los derechos de participación son la libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión; el derecho a la libertad de asociación y a reuniones pacíficas, el derecho de información y el derecho de opinión.

²¹⁵ ROSALÍA DE ALCARO, María Matilde, “La Opinión del Niño y la Defensa de sus Derechos”, en *Los Derechos del Niño en la Familia*, *op. cit.* pp. 257-258. Se plantea que la fórmula de garantizar el derecho cuando esté en posición de formarse un juicio propio, ha sido usado como un límite, y no con el espíritu de la Convención, como una forma de garantía sin poner limitaciones de edad, por lo cual deberá adecuarse su interpretación en el interés superior, en la calidad de sujetos de derecho y en el ejercicio progresivo de las facultades.

²¹⁶ Debe contextualizarse que la Legislación familiar, surgió casi cuatro años después de la ratificación de la Convención, y la misma guarda evidentes resabios del modelo tutelar en su redacción, lo cual debe salvarse con la interpretación de acuerdo al tratado internacional, que tiene orden de prevalencia, y el cual en materia de opinión, no fija edades mínimas.

La capacidad de un niño de formarse un juicio propio estará ligada al contexto socioeconómico y cultural en que se desarrolle, por lo que no puede tomarse una medida generalizada, sino que debe valorarse cada caso en particular²¹⁷. En ese sentido, la observación general número doce²¹⁸, a la Convención sobre los Derechos del Niño, señala que el término de estar “*en condición de formarse un juicio propio*”, es una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma, pues no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad; haciendo hincapié el Comité, que el artículo 12 CDN no impone límites de edad, señalando que debe potenciarse el derecho de opinión desde las primeras etapas, aún en respeto a las formas no verbales de comunicación.

La Convención tiene cuatro principios generales: la no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y el respeto a la opinión; por lo tanto, al elevar a la categoría del principio el derecho de opinar, se busca que el niño pueda ejercer todos sus derechos, a través del derecho de opinar en las cuestiones que le afectan; de tal forma, que no puede existir una ley que consagre la doctrina de protección integral y no desarrolle el derecho de opinión de la niñez, en toda su extensión²¹⁹.

Cuando el Juez garantiza el derecho de opinión de todo niño, niña y adolescente de forma directa y sin recurrir a intermediarios, por ninguna de las dos partes, valorando no solo la opinión inteligible, sino

²¹⁷ WEINBERG, Inés, *op. cit.* p. 193. Para la autora juicio puede entenderse como la facultad de distinguir entre el bien y el mal, lo verdadero o lo falso; o bien, como la operación intelectual, que consiste en comparar dos ideas, pero de cualquiera de las dos visiones, la capacidad de formarse un juicio no puede ser una forma genérica, pues se correría el riesgo de ser inexacta, por las condiciones individuales de cada niño, niña o adolescente.

²¹⁸ Observación General Número doce. El Derecho del niño a ser escuchado, Comité de los Derechos del Niño, 51, período de sesiones, Ginebra, 25 de mayo al 12 de junio de 2009. El comité introduce la recomendación a los Estados Partes, de no fijar límites mínimos de edad para el ejercicio del derecho de opinión, citando estudios que demuestran que el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, y señalando que el artículo 12 de la CDN reconoce las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo, mediante los cuales los niños pequeños pueden expresarse.

²¹⁹ DEL MORAL FERRER, Anabella, *op. cit.* p. 75. La autora señala que de acuerdo a los artículos 2, 3, 6 y 12 de la CDN, ésta se fundamenta en los cuatro principios citados; y señala que la categoría de principio se distingue por ser derechos que permiten a su vez ejercer otros, lo que potencia la importancia del derecho de opinión como forma de garantía de todos los derechos de la niñez y adolescencia.

toda forma de expresión; convierte al niño en el eje del proceso, desplazando su propio interés y pretensión, y no el de terceros, ya sean estos sus padres o representantes²²⁰

La Convención introduce las bases para la participación de la niñez y adolescencia en su condición de ciudadanos y les permite ser protagonistas de sus propios derechos, abriendo el camino para redimensionar los espacios de interacción familiar, comunitaria, escolar, estatal y todos los planos en que se desenvuelve; suponiendo la democratización de sus relaciones con los adultos en una visión de equilibrio²²¹.

Al reconocer en la infancia y adolescencia, capacidad de ejercicio especial de sus derechos, se reconoce también que pueden asumir responsabilidades y discernir sus actos, pudiendo dar su opinión, de tal forma que se considera a la niñez como sujetos activos de sus derechos, teniendo el ejercicio del derecho de opinión, importancia fundamental, pues apunta a la construcción de relaciones democráticas en las familias y en la sociedad²²².

Respecto al derecho de opinión de los niños, niñas y adolescentes, se encuentran variados criterios, atendiendo al momento histórico y la construcción jurídica y cultural. No obstante con la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por casi todos los países del mundo, el cambio conceptual de la niñez y la doctrina de la protección integral, se logra un progreso importante, pues muchos países han desarrollado leyes específicas para proteger integralmente a la infancia y adolescencia; efectivizando el

²²⁰ PETTIGIANI, Eduardo Julio, *op. cit.* p. 217. En el mismo sentido MIZRAHI, Mauricio Luis, *op. cit.* pp. 478-479, señala que aún el bebé aunque sea capaz de expresarse por medio del lenguaje inteligible para el adulto, está dispuesto a comunicarse; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia, Op. cit.* p. 577, señala que el niño puede expresar su opinión de los modos más diversos.

²²¹ DEL MORAL FERRER, Anabella, *op. cit.* p. 74. La democratización de la infancia, requiere de dejar a atrás la visión de niños bajo una relación de subordinación a los adultos, abriendo las pautas para crear un equilibrio basado en el diálogo abierto y la comprensión.

²²² PERDOMO, Juan Rafael, *op. cit.* pp. 21-23. Para el autor el derecho de opinión está íntimamente ligado con la capacidad de ejercicio directo de los derechos, y por lo tanto con el reconocimiento de capacidad en la niñez, que la hace distinta a los “*menores de edad*”, abriendo una nueva visión de respeto a la condición de la infancia, en el ejercicio democrático, bajo la premisa del principio de igualdad.

ejercicio directo de sus derechos, dejando a un lado la regla general de la incapacidad de hecho, de los niños²²³.

Sobre la base de la no discriminación, es necesario asegurar que no se vulnere el derecho de la niñez a ser escuchado y a que su opinión sea valorada en los procesos judiciales que les afecten, eliminando prácticas sociales prejuiciosas y estereotipadas, que subordinan a este grupo humano en relación a los adultos; considerando para ello el ejercicio progresivo de las facultades del niño, pero impulsando la ciudadanía activa.²²⁴.

Al respecto, la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en la Sentencia 4- A- 2012²²⁵, señala que *“El Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*, reconociendo que los derechos deben ser ejercidos directamente sin límites mínimos de edad, sino de acuerdo a su desarrollo.

El reconocimiento del derecho de opinión como una forma de participación directa de la niñez y adolescencia, ha sido lento pero progresivo, pues se ha tenido que romper con esquemas tutelares, así como estereotipos y prejuicios de los mismos funcionarios judiciales en la valoración, para dar paso a una nueva concepción de la niñez como sujeto pleno de derechos, abriendo en un primer momento,

²²³ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA. *Derecho Constitucional de Familia... op. cit.* p. 538. Para el autor, por la amplia ratificación de la Convención, se hace una diferencia real, pues se crean leyes especializadas de garantía de derechos de infancia.

²²⁴ MARTÍNEZ, Delia, *Comunicándonos con los niños, niñas y adolescentes en el ámbito judicial*, en AA.VV. *La garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales. Recopilación de aportes para la formación en el ámbito judicial*, Gráficas Acea, Caracas, Venezuela, 2008, pp.150-153. Si bien es cierto, el ejercicio de los derechos debe considerarse de acuerdo al desarrollo, una forma de impulsar el mismo, es a través de un cambio social que impulse esta participación activa, fuera de las concepciones estereotipadas de niños sin capacidad para actuar por sí mismos.

²²⁵ CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia por recurso de apelación número 4-A-2012, de fecha treinta de abril de dos mil doce, pp. 4-5. La sentencia señala que la LEPINA se aparta de la concepción tradicional del Código Procesal Civil y Mercantil y que garantiza al niño, aun capacidad procesal para actuar.

algunas ventanas a la participación, a través de legislación que obliga a recibir el consentimiento en los casos de adopción o en los acogimientos familiares, para llegar en la actualidad, a legislaciones- y funcionarios sensibles y capacitados en la doctrina de protección integral- en las cuales el límite para el derecho de opinar, está dado en el interés superior del mismo niño o adolescente, es decir, la vulneración de sus derechos a través de la recepción de su opinión; por lo que se buscan métodos alternos para recibir la opinión, o el acompañamiento de un profesional, respetándose asimismo, el derecho a no opinar o a guardar silencio; prefiriéndose y potenciándose el ejercicio personal y directo de su derecho, y debiendo el funcionario tener conocimiento sobre el ejercicio de las facultades, de acuerdo a la edad y madurez, lo que deberá ser apreciado y valorado, en cada caso²²⁶.

Por ello, este derecho del niño, niña y adolescente de ser escuchado, a pesar de ser un derecho, y no un deber; constituye también una obligación judicial tanto en los casos en que el niño, niña o adolescente es postulante, como en el caso que pueda afectarse sus derechos como consecuencia de un objeto litigioso diferente, teniendo el juez la obligación de oírle, en la medida en que el niño o adolescente tiene derecho de ser oído, por medio de una audiencia que potencie el ejercicio directo de tal derecho, pero que no sea dañina para el mismo²²⁷.

A pesar de los distintos enfoques encontrados en los diversos autores, cada uno de ellos, aporta puntos importantes, y todos concordantes sobre el ejercicio del derecho de opinión y la obligatoriedad del mismo, en los procesos judiciales que afecten a la niñez y adolescencia, siendo idóneo que los funcionarios judiciales busquen modelos democráticos de justicia que generen responsabilidades proporcionales a las facultades reales del niño, coadyuvando de esa forma al ejercicio de sus derechos fundamentales.

²²⁶ MORALES, Georgina, “El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en el ámbito judicial”, en AA.VV. MORALES, Georgina y Delia MARTÍNEZ, *La garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales. Recopilación de aportes para la formación en el ámbito judicial*, Gráficas Acea, Caracas, Venezuela, 2008, pp.105-106, 132-134. El autor señala que la limitante al derecho de opinión, es que escucharla sea en detrimento del niño, por el estado emocional de mismo; y que en la generalidad de casos, se presume su ejercicio directo.

²²⁷ SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis Zarraluqui, y otros, *La Conflictividad en los Procesos Familiares: vías jurídicas para su reducción*. Editorial Dykinson, Madrid, España, 2004, pp. 66-70. El autor plantea la obligación del funcionario de propiciar las condiciones idóneas para la audiencia, de tal forma que la misma se de espontáneamente, sin forzarla en un ambiente que sea perjudicial para el niño.

La Cámara Especializada en Niñez y Adolescencia, en su sentencia 5/A/SS1/11-1²²⁸, ha señalado respecto al derecho de opinión en general, que se rige bajo el siguiente esquema: “1. Es un derecho, por regla general, que debe ejercerse directamente por los niños, niñas y adolescentes, y por tanto no puede exigirse a ellos que lo ejerzan obligatoriamente. 2. Se puede ejercer ante cualquier entidad pública o privada. 3. Se debe dejar constancia por los órganos de decisión de las valoraciones que hacen sobre las opiniones expresadas por los niños, niñas o adolescentes. 4. Deben utilizarse métodos acordes a la edad y condiciones psico físicas de estas personas, en ambientes no formales u hostiles, e incluso utilizando medios electrónicos que garanticen su reproducción en las audiencias cuando se considere necesario, y 5. Excepcionalmente, y con la debida argumentación o justificación previa, este derecho podrá ser ejercido por otras personas que no sean partes interesadas o tengan intereses contrapuestos con los niños, niñas o adolescentes”.

La CDN y la LEPINA, recogen la doctrina de protección integral y específicamente, la consideración de la infancia como sujetos de derechos, como ya se ha desarrollado anteriormente, y en atención a ello, se desarrolla el principio del ejercicio progresivo de sus facultades, y la obligación de los funcionarios judiciales, de escuchar su opinión y valorar dicha opinión, en atención a la edad y madurez del niño, niña o adolescente; especificando la LEPINA que ese ejercicio debe ser personal, sin más límites que el interés superior del mismo niño o adolescente, su negativa, capacidad especial y que sea recibida dicha opinión con métodos acordes a su edad; estableciendo además que la violación a este derecho producirá la invalidez de lo actuado²²⁹.

22. Elementos del derecho de opinión.

El derecho de opinión, establecido en el artículo 12 de la CDN está compuesto básicamente de tres elementos, que son el derecho del niño de emitir su opinión, el derecho a ser escuchado por la

²²⁸ CÁMARA ESPECIALIZADA EN NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE SAN SALVADOR, Sentencia Definitiva número 5/A/SS1/11-1, de fecha 19 de agosto de 2011, p. 8. La sentencia establece que de acuerdo con el artículo 12 de la Convención, debe cumplirse con un esquema que permita la opinión, y que refleje la misma en la sentencia correspondiente.

²²⁹ El Artículo 223 de la LEPINA señala que “La Violación del derecho a opinar y ser oído de la niña, niño o adolescente producirá la invalidez de lo actuado y todo lo que sea su consecuencia inmediata; salvo que ella sea expresamente consentida o no le produzca perjuicios”

autoridad responsable de la toma de decisiones que afecten su esfera de derechos, y el derecho a que esa opinión sea tomada en cuenta en razón de su edad y madurez, debiendo concurrir los tres elementos, para que se garantice de forma efectiva el derecho, atendando la ausencia de cualquiera de ellos, su ejercicio efectivo²³⁰.

También este derecho de opinar puede considerarse en tres etapas: 1- la etapa de comunicación: en la que se comunican los hechos, 2- la etapa de consideración, que implica que el receptor preste atención significativa a los que se ha manifestado; y 3- una etapa de vinculación que conlleva la valoración y el tomar en cuenta la opinión por parte del funcionario²³¹.

La observación general número doce²³² a la Convención sobre los Derechos del Niño, señala sobre el derecho del niño a ser escuchado, que al hacer una análisis jurídico del artículo 12 CDN, se establece el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, y que esto conlleva el derecho a que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, entendiéndose que esta libertad de opinión es bajo la información de la posible decisión a tomar, y aún, bajo el deseo del niño de dar su opinión, porque esta libertad, incluye también el no ejercer el derecho.

El derecho de opinión, en su sentido estricto, es el presupuesto necesario de participación de todo niño, niña y adolescente en todo ámbito, respecto a asuntos que afecten su esfera de derechos; debiendo garantizarse la posibilidad de que el niño exprese lo que piensa acerca de las situaciones que puedan afectarlos; de tal forma que no se le considere sujeto pasivo en la toma de decisiones, debiendo previo

²³⁰ DEL MORAL, FERRER, Anabella, *op. cit.* pp. 77-78. La autora señala que la tridimensionalidad del derecho de opinión no es un juego de palabras, sino que el cumplimiento de cualquiera de estos tres elementos configura una situación violatoria, pues que el niño emita su opinión y que no sea escuchada, o que se escuche y no se valore, o en el peor de los casos se negase a un niño la posibilidad de expresarse, constituye de igual forma la violación de la garantía de opinión.

²³¹ AGUILERA, Gonzalo Andrés, "Del derecho del niño a ser oído y del derecho de defensa de los niños en el actual ordenamiento jurídico familiar: Breves comentarios sobre algunos tópicos jurídicos y acerca del abogado representante del niño, niña o adolescente, en ARREDONDO, Valeria y Edgardo TORO, *Espejos de Infancia, Análisis en intervenciones en Violencia Infantil*, 1ª Ed., Corporación ONG Paicabí, Valparaíso, 2010, pp. 41-50. La vinculación debe estar garantizada en la legislación, según los autores, pues en el caso de Chile, se deja un marco abierto al sentenciador para resolver el caso.

²³² *Vid.* Supra 211. El Comité señala que es obligación de los Estados revisar las leyes para que el niño pueda ejercer directamente su derecho, reconociendo en el párrafo 16, que el niño tiene derecho de no ejercer el derecho de opinión, pues esto es una opción y no una obligación.

a la escucha como plataforma necesaria informarle del asunto sobre el cual se requiere su opinión, así como las diferentes opciones y consecuencias de la decisión, a fin de que brinde una opinión informada de acuerdo a su edad²³³. Por ejemplo, en materia de adopción la ley establece el consentimiento del adolescente, de tal forma, que ese consentimiento para hacer un cambio completo de vida, que puede derivar incluso en cambiar su identidad, su país de residencia y su forma de vida, de una forma trascendental, debe ser escuchado por el juez y valorado, tomando las medidas pertinentes para que la afectación sea mínima.

Asimismo, en los casos en que un niño, niña o adolescente se encuentren bajo una medida de protección, ya sea institucional o familiar, debe escucharse su opinión al momento de revisar dicha medida, pues debe valorarse la situación emocional de los mismos. Al respecto, la Cámara de Familia de la Sección del Centro, en sentencia definitiva número 193- A- 2011²³⁴, respecto a la modificación de una medida de acogimiento institucional, en el sentido de iniciar un régimen de visitas con la familia biológica, señaló que *“deberá tomarse en cuenta la opinión de las niñas, para lo cual deberá señalarse la diligencia necesaria a efecto de garantizar tal derecho; ya que solo de esta manera se garantizará el derecho de las niñas de mantener dichas relaciones. Teniendo presente en todo caso, que tal autorización se dará siempre y cuando tales relaciones no resulten perjudiciales para la integridad física y emocional de las niñas. E incluso valorar el otro aspecto relacionado, lo cual debe preferirse en todo momento, es decir, la eventual modificación a la medida de acogimiento familiar”*, ordenando una audiencia de opinión y la revisión de la medida al contar con los estudios psicosociales pertinentes.

La regulación del derecho de opinión, requiere siempre de la libre expresión, que esta expresión sea dada frente a la persona encargada de tomar la decisión que afecte los derechos, y debe ser tomada en cuenta; de tal forma que debe existir una comunicación efectiva entre el niño y la persona adulta, a

²³³ DEL MORAL, FERRER, Anabella, *op. cit.* p. 79. La autora sostiene que la opinión debe ser informada, sobre el asunto que se trata, y debe explicarse las opciones y consecuencias de la decisión, de tal forma que la opinión sea informada, y pueda ser valorada bajo esa concepción.

²³⁴ CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia Definitiva número 193- A- 2011, de fecha 9 de marzo de 2012, p.5. El recurso fue interpuesto ante la impropiabilidad declarada por la jueza de familia en autorizar un régimen de comunicación entre dos niñas bajo medida de institucionalización y una tía biológica de las mismas, señalando el tribunal de alzada, la pertinencia de escuchar la opinión, lo cual permitiría el ejercicio de otros derechos, como sin el mantener relación con la familia.

través de un diálogo necesario y del respeto del estatus jurídico del niño, favoreciendo una relación democrática, que otorgue importancia a las opiniones, ideas y sentimientos de todos y todas²³⁵.

También el desarrollo del derecho de opinión debe considerar la posibilidad del ejercicio directo por parte del niño, y la posibilidad de que lo haga su representante. Sobre este último punto, deberá entenderse atendiendo a los principios de considerar al niño como sujeto pleno de derecho y el desarrollo progresivo de sus facultades, que el niño solo debe ser suplantado por su representante, cuando el niño así lo requiera, o excepcionalmente cuando se haya determinado que no está en condiciones de verter su opinión personalmente, ya sea por su grado de madurez o por su situación emocional; y fuera de esas condiciones, nunca debería escatimarse esfuerzos, para lograr que el niño entre en contacto directo con el funcionario²³⁶.

23. Análisis del derecho de opinión en la Convención sobre los Derechos del Niño

Al analizar el artículo 12 de la Convención, del párrafo uno, puede desglosarse la garantía, la condición para formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión, los asuntos en los cuales se expresa y el tomar en cuenta estas opiniones; y del párrafo segundo, pueden segmentarse los procesos judiciales y administrativos, la opinión directa o indirecta y el procedimiento para ello²³⁷.

Así, la observación general número 12 de la ONU, señala que la obligación que los Estados Partes garantizarán la opinión, tiene dos elementos destinados a asegurar que existan mecanismos para recabar la opinión y que esa opinión debe ser tenida en cuenta; debiendo considerarse en general, que todo niño está en condiciones de verter su opinión, sin límites mínimos de edad, pues los Estados

²³⁵ PERDOMO, Juan Rafael, *op. cit.* p. 23. El autor señala que la opinión debe ser entendida como los criterios personales, juicios de valor, ideas, visiones, pensamientos y sentimientos sobre determinada situación que afecte al niño, y debe ser vertida ante “*el órgano apropiado*”, es decir, a la persona encargada de tomar la decisión.

²³⁶ WEINBERG, Inés, *op. cit.* pp. 197- 198. La autora sostiene que el niño debe ser oído y observado de forma directa por el funcionario, pues el derecho a ser escuchado, implica ser escuchado directamente. En ese sentido, el voto precursor de Miguel Amílcar Mercader, en el decreto ley 10.067, en Argentina, expresó que sea cual fuere la edad del niño, será indispensable verlo, porque esto constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de certificados o informes.

²³⁷ Observación General Número 12, *Vid.* 8. Del párrafo 19 al 39, la observación realiza un análisis del artículo 12 CDN y hace un desglose de cada uno de los aspectos que deben profundizarse para la garantía del derecho de opinión del niño.

partes no pueden presuponer la incapacidad del niño, respetando aún las formas no verbales de comunicación, como se ha acotado en este mismo capítulo; señalando que esta opinión debe ser libre, en todo asunto que pueda afectarle al niño, sin excepción alguna; y sobre todo que esta opinión debe ser tomada en cuenta en todo proceso judicial y administrativo, debiendo ser ejercido directamente y solo de forma excepcional, por medio de un representante.

La Convención no debió hacer referencia a que “los niños estén en condiciones de formarse un juicio propio”, pues el ser humano no se comunica solamente con la palabra oral y escrita, y esta disposición puede ser interpretada con efectos de limitación al ejercicio, siendo trabajo de los jueces valorar esta condición; también señala una crítica a la redacción, en el sentido que en el contexto histórico cultural en que se redactó la Convención, el ejercicio se plasmó como directo o por medio de su representante, lo cual, podría llevar a que se violara el espíritu de la Convención, que busca el ejercicio directo de tal derecho²³⁸. Lo anterior, debe adecuarse a los principios que la misma Convención establece, y al momento histórico actual, en el cual habiendo transcurrido más de veinte años de la entrada en vigencia de la Convención y una evolución en la situación de la infancia, la interpretación de la ley lleva a garantizar el derecho de opinión a cualquier edad, haciendo una valoración de madurez, al momento de valorar, pero no como un presupuesto para cumplir con tal garantía.

Al respecto, se señala que los conceptos de estar en condición de formarse un juicio propio, y que las opiniones se tendrán en cuenta en razón de la edad y madurez, son de difícil aplicación, pero deben ser interpretados en consonancia con los principios de la CDN, y también con la obligación de los padres de orientar para el ejercicio de sus derechos conforme a la evolución de sus facultades²³⁹.

De tal forma, que al hacer una lectura integral de la CDN, partiendo de la concepción de sujetos de derecho, el interés superior y el ejercicio progresivo de las facultades, se concluye que la garantía del derecho de opinión es una obligación del Estado a todos los niños, en todos los asuntos que pudieran

²³⁸ HUSSONMOREL, Rodolfo, “La Libre Opinión del Niño”, en AA.VV. WEINBERG, Inés, *Convención sobre los Derechos del Niño*, *op. cit.* pp. 194-195. La redacción de la Convención, abre espacio a privaciones en lugar de garantías.

²³⁹ SIMON, Farith, *op. cit.* pp. 124-125. El autor señala que la redacción del artículo 12 CDN puede traer implicaciones en la práctica, señalando que el Comité ha demostrado preocupación por las prácticas que no facilitan la realización del derecho de opinión.

afectarles, debiendo tomarse en cuenta tales opiniones, las cuales deben ser ejercidas de forma directa y sin límite mínimo de edad.

24. Derecho de niñez y adolescencia, a ser oídos en los procesos judiciales que les afecten, en el ordenamiento jurídico de El Salvador.

Los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados, en todos aquellos procesos que los involucren, es decir, en todo proceso judicial y administrativo en el que puedan afectarse sus derechos²⁴⁰, entendiéndose que se refiere a procesos judiciales y administrativos en todas las materias, siendo el punto en común, que exista una afectación en su esfera de derechos.

En este sentido, el derecho de opinión de niños, niñas y adolescentes, se encuentra regulado en diferentes cuerpos normativos en El Salvador, dentro de los cuales, la Constitución de la República, establece en el artículo 1 que la persona humana- desde el momento de la concepción- es el principio y el fin de la actividad del Estado; y en ese orden de ideas, las garantías que establece el artículo 11 de la misma, y que incluye el derecho de audiencia, es aplicable a niños, niñas y adolescentes, quienes gozan además, de protección especial por parte del Estado, según lo disponen los artículos 32 y 34 del mismo cuerpo legal²⁴¹.

Asimismo, el artículo 144 de la Constitución de la República, reconoce la calidad de ley secundaria con criterio de prevalencia de los tratados internacionales, entre los que encontramos la CDN, que es ley de la República desde 1990; siendo obligación del Estado, garantizar lo establecido en el artículo 12 CDN, que recoge el derecho fundamental de todo niño, niña y adolescente, de ser escuchado en cualquier proceso administrativo o judicial, en el que se pueda afectar su esfera de derechos; lo cual, también está reconocido de forma general en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos

²⁴⁰ PETTIGIANI, Eduardo Julio, *op. cit.* p. 218. El autor señala una lista de procesos en los cuales debe escucharse a la niñez, en el ámbito familiar, reintegro al hogar, adopción, restitución internacional, violencia intrafamiliar, entre otros.

²⁴¹ La Constitución de la República de El Salvador, reconoce la calidad de persona humana desde el momento de la concepción, señalando por lo tanto que son titulares de los derechos fundamentales, señalando los artículos 34 y siguientes, el derecho de todo niño, niña y adolescente a protección especial del Estado para su desarrollo integral.

Humanos. Es decir, que la omisión de estos derechos, daría lugar a un amparo y podría tener trascendencia aún ante un tribunal internacional en materia de derechos humanos, por la violación de la garantía de audiencia.

Ante el débil mecanismo de control de la Convención, existe la alternativa legal de someter cualquier caso de incumplimiento ante el sistema interamericano de derechos humanos, a través del pacto de San José Costa Rica, reclamando los derechos de infancia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha establecido que ambos instrumentos forman parte de un comprensivo cuerpo legal internacional de protección de los derechos de los niños²⁴²

24.1 Procesos de Familia.

En El Salvador, entra en vigencia en el año de 1994 la legislación familiar, que introduce al proceso de familia entre los deberes del juez, el de *oír al menor cuando hubiere cumplido doce años de edad, en todos los procesos y diligencias que le afecten*²⁴³, aclarando que antes de dicha edad el juez “*tendrá contacto y de ser posible dialogará con él*”; desarrollando el derecho de todo niño, niña y adolescente de ser escuchado en los procesos regidos por dicha ley, lo cual da inicio a una práctica jurídica de escucha a la infancia, pues el artículo 4 del Código de Familia²⁴⁴, establece entre los principios rectores de dicha ley, la protección integral de la niñez y adolescencia, lo cual debe interpretarse desde los principios rectores de la Convención, es decir, dando al niño un estatus social en el que se favorezca el ejercicio directo de los derechos de acuerdo a su desarrollo evolutivo.

²⁴²BELOFF, Mary, *Los Derechos del niño en el sistema interamericano*, op. cit. p. 19. La autora hace referencia al caso Villagrán contra el Estado de Guatemala, en la cual hubo una vulneración de derechos de infancia que ante la impunidad estatal, fue sometida por la competencia del pacto de San Andrés, a la Corte Interamericana de Justicia, quien resolvió sobre la vulneración de los derechos humanos de adolescentes de la calle, los cuales estaban protegidos en sus derechos por la Convención de los Derechos del Niño de forma especial, pero de forma general también por los demás tratados internacionales.

²⁴³ Ley Procesal de Familia, D.L. n°133, del 14 de septiembre de 1994, publicado en D.O. N°173, Tomo 324, del 20 de septiembre de 1994. Esta ley señala en su artículo 7 los deberes del Juez, entre los cuales, en el literal j) establece el deber de oír a los adolescentes en los procesos que les afecten y tener contacto y dialogar con los niños; lo cual deberá interpretarse de acuerdo al artículo 12 CDN, sin límites mínimos de edad, pero que en la práctica, ha tenido efectos restrictivos de acuerdo a la edad.

²⁴⁴ D.L. 677, del 11 de octubre de 1993, publicado en D.O. N°231, Tomo 321 del 13 de diciembre de 1993 El artículo 4 del Código de Familia señala que uno de los principios rectores de ese cuerpo legal es la protección integral de *menores y otros incapaces*, mostrando resabios del modelo tutelar, en el sentido de no considerar a los niños como titulares de derechos e igualarlos a los incapaces.

No obstante lo anterior, la legislación familiar señala que la niñez y adolescencia, requiere de representación legal para el ejercicio de los derechos, siendo la única excepción a ello, que se otorga capacidad especial a los adolescentes para reconocer directamente la paternidad, sin necesidad de autorización de su representante legal²⁴⁵.

En cuanto al derecho de opinión, el juez debe escuchar personalmente al niño, niña o adolescente, considerando que pueden expresar un juicio propio al respecto en toda cuestión judicial que le interesa personalmente, debiendo de acuerdo a la naturaleza del caso a decidir, darle a conocer la información pertinente para que su manifestación sea pertinente, por ejemplo, en el caso de la adopción, dependiendo de la edad del niño o adolescente, deberá brindársele información que permita al adoptado, dar su opinión o consentimiento²⁴⁶.

En la práctica de los juzgados de Familia, se ha dado una omisión de tal derecho en las diligencias de divorcio por mutuo consentimiento, pues al ser una diligencia de jurisdicción voluntaria, en la cual se suscribe un convenio entre los cónyuges, en el cual se detallan las cuestiones conexas al cuidado personal, cuota de alimentos y régimen de comunicación y trato; y bastar que en la audiencia de sentencia se ratifique su contenido, se ha prescindido en la mayoría de casos de la escucha de los niños, como si los efectos de esta sentencia no tuvieran afectación de sus derechos²⁴⁷.

En el ámbito de los procesos familiares, debe escucharse a los niños, niñas y adolescentes cuando haya una cuestión que afecte de forma personal como la decisión de cuidado personal, el régimen de comunicación o ante diferencias en el ejercicio de la autoridad parental, debiendo garantizarse que

²⁴⁵ El artículo 145 del Código de Familia, establece que “*Los menores adultos tienen capacidad para reconocer su paternidad, sin necesidad de autorización o consentimiento de sus representantes legales*”.

²⁴⁶ BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. ZANNONI, *Manual de Derecho de Familia*, 5ª Ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 535-537. Se señala que el juez debe informar al adoptado previo a tomar la decisión, de aspectos de su vida, incluso informarle su filiación biológica, planteando la obligación del juez de oírlo personalmente.

²⁴⁷ El artículo 108 del Código de Familia señala que para divorciarse por mutuo consentimiento es necesario que los cónyuges suscriban un convenio, en el cual, en caso de tener hijos niños, niñas o adolescentes, deberán acordar las cuestiones conexas al divorcio, siendo que en la práctica, los cónyuges aún facultan a su apoderado para ratificar el convenio en la audiencia de sentencia, sin su comparecencia, omitiéndose por parte de los jueces, en la mayoría de los casos la escucha de los referidos hijos, no obstante lo prescrito en la ley

ejerza ese derecho por sí mismo, pero siempre en la forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad ²⁴⁸

Al respecto, existe jurisprudencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro, que señala que debe garantizarse el derecho de opinión de todo niño, niña y adolescente, en los asuntos que les afecten, y que cada juzgador deberá valorar esta opinión, atendiendo a la edad y el grado de madurez de quien la emite²⁴⁹, señalando en otra sentencia, que debe tenerse en cuenta lo expresado, lo que los niños expresan no es siempre lo que mejor garantice su interés, debiendo valorar el juez, lo que resulte mejor para la garantía de sus derechos²⁵⁰

La opinión de los niños, niñas y adolescentes, también debe escucharse en proceso de cuidado personal, y a pesar de no tener efecto vinculante, debe considerarse como un elemento de valoración al tomar la decisión. Al respecto, la Sentencia 80-A-2012²⁵¹, establece que *“En la práctica judicial, los fallos se sustentan en variados criterios de acuerdo a las circunstancias específicas de cada caso: a) El progenitor que por sus condiciones personales garantice mejor el bienestar de los hijos menores de edad. b) La edad de los niños, niñas y adolescentes, ya que no es conveniente separar a los niños de muy corta edad de la madre, salvo en circunstancias excepcionales; c) Las condiciones de índole moral, afectivo, familiar, ambiental y económica del entorno hogareño en el que se pretende mantener a los hijos. d) El principio de unidad filial que procura que los hermanos permanezcan juntos. e) La opinión del niño escuchada directamente por el juez, en virtud del principio de inmediación, evaluada a través de los estudios practicados por los equipos multidisciplinarios cuando los niños son muy pequeños. f) El*

²⁴⁸ TEJEDOR, María Asunción, *El Interés de los Menores en los procesos contenciosos de separación o divorcio*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madrid, 2012, p. 71. La autora señala que el juez debe valorar la necesidad de la audiencia de opinión, cuidando no provocar un conflicto en el niño, pudiendo valorar en los casos en que no sea necesaria la audiencia, informes psicológicos que recojan la opinión del niño.

²⁴⁹ CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia definitiva número 11- A-2007, del 7 de junio de 2007, en FIGUEROA MELÉNDEZ, María de los Ángeles y Silvia Cristina PEREZ SÁNCHEZ, *Líneas y criterios jurisprudenciales en Derecho Procesal de Familia*, 1ª Ed., Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2010, p. 44.

²⁵⁰ CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia definitiva número 82- A-2006, del 28 de agosto de 2007, *Ibid.* Esta sentencia señala literalmente que lo que los hijos expresan puede no ser lo que mejor garantice su interés, pudiendo emitir decisiones contrarias al mismo.

²⁵¹ CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia Definitiva número 80- A- 2012, 19 de junio de 2012, p. 5-6. La Cámara señala la importancia de valorar la opinión de la niña, en conjunto con los elementos recabados por el equipo multidisciplinario adscrito, haciendo una valoración en cada caso.

arraigo de los niños en un entorno adecuado, es decir, tomar en cuenta con qué progenitor han residido antes de la interposición de la demanda; y g) Otras circunstancias que concurran en el caso concreto"; es decir, que si bien es cierto, la opinión es un elemento a valorar, debe ser en conjunto con otros factores, como el contexto familiar, el progenitor con el cual conviven y si existe alguna influencia en las declaraciones.

24.1.1 Procesos de la Ley Contra Violencia Intrafamiliar

La ley contra la violencia intrafamiliar²⁵² es una ley secundaria cuya aplicación corresponde a los jueces de familia y a los jueces de paz, quienes deben tomar las decisiones necesarias para prevenir, erradicar y sancionar los hechos de violencia física, psicológica, patrimonial y sexual, teniendo la facultad de dictar las medidas de protección correspondientes, entre las cuales se encuentran contempladas el otorgar provisionalmente el cuidado personal de los hijos a uno de los padres, y fijar régimen de comunicación y trato temporales entre el padre o la madre y el hijo, e incluso, la facultad de restringirlos o prohibirlos de acuerdo con la naturaleza del caso.

La referida ley tiene como disposición supletoria la Ley Procesal de Familia y el proceso correspondiente debe atender también al contenido de la Convención, por lo cual, deberá cumplirse con la garantía de opinión de niñez y adolescencia, pues la Convención establece el derecho a estar protegido de todas las formas de violencia, así como la responsabilidad del Estado para garantizar este derecho, instando a que apliquen plenamente sus recomendaciones y en particular, la de ofrecer un margen necesario para que los niños expresen libremente sus opiniones y tenerlas debidamente en cuenta, en todos los aspectos relacionados a la violencia²⁵³.

²⁵² D.L.Nº902 del 28 de noviembre de 1996, D.O. Nº241, Tomo 333, del 20 de diciembre de 1996. De acuerdo a dicha ley, de conformidad a su artículo 44 se aplicará supletoriamente la legislación de Familia, la cual señala el deber del juez de escuchar a los niños y adolescentes. Aunado a ello, la CDN en su calidad de Ley secundaria en los procesos de violencia intrafamiliar obliga a escuchar la opinión de los niños que estén involucrados niños, niñas y adolescentes, ya sea directa o indirectamente, o porque las medidas de protección tomadas o la decisión que deba tomarse, afecte su esfera de derechos.

²⁵³ Los párrafos 118 al 120 de la Observación General Nº12, señalan que los niños son violentados y no interponen denuncia porque no se les facilitan los canales para ello, y que para proteger a los niños de la violencia, deben ser informados de su derecho a ser escuchados y a crecer libres de toda clase de violencia. *Vid. supra* 211.

A pesar que con la entrada en vigencia de la LEPINA, los casos de maltrato ejercidos directamente en contra de los niños, pasan al conocimiento de las juntas de protección y en caso de ser necesario a los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia, existen procesos de Violencia Intrafamiliar, en los cuales los niños son víctimas indirectas o en los cuales, se afectan otros derechos distintos como el derecho a mantener relaciones con ambos padres, por lo cual el juez debe hablar directamente con los niños y escuchar su versión de los hechos, así como las valoraciones y afectaciones de estos, las cuales deberá tomar en cuenta al momento de tomar su decisión, y también para tomar las medidas de protección pertinentes para garantizar su derecho de integridad y la protección frente a toda clase de maltrato, así como sus derechos de relación con ambos padres²⁵⁴.

24.2 Tratamiento de niños, niñas y adolescentes como víctimas y testigos en Procesos Penales.

Los procesos penales en los cuales los niños son víctimas o testigos, conllevan el enfrentar a la niña, niño o adolescente, con una pluralidad de funcionarios y otras personas, en un ambiente que puede cobrar una importancia significativa para escuchar la opinión y la declaración del niño; por lo cual, en ese ámbito resulta indispensable la utilización de recursos idóneos de recepción del testimonio, que permitan evitar que el Niño, niña o adolescente se vea abrumado por la presencia de las partes y funcionarios, creando una sensación de intimidación, beneficiando también la unidad de la audiencia, sin que se rompan los principios del proceso, ni se revictimice a la víctima o testigo²⁵⁵.

El Código Procesal Penal que entró en vigencia en El Salvador, en enero de dos mil once, recoge algunas normas que son acordes con la CDN y la LEPINA, en lo que se refiere a la garantía del derecho de opinión de niños, niñas y adolescentes, que van desde las formalidades para la producción de

²⁵⁴ En los casos de Violencia Intrafamiliar llevados en sede de paz muchas veces se incumple con la garantía de opinión, pues los jueces de paz tienen competencia en diversas materias y sin especialización en el área de infancia y adolescencia, lo que ha conllevado a la vulneración de la garantía de audiencia, por no considerarla como tal.

²⁵⁵ PETTIGIANI, Eduardo Julio, *op. cit.* p. 214. Una cámara gessel es una técnica facilitadora de la función judicial, que permite a quienes se encuentran fuera de la sala donde se lleva a cabo la entrevista, observar su interior a través de un vidrio opacado, utilizando mecanismos auditivos, que permiten a todos, oír, ver y registrar las entrevistas, de tal forma que no es necesario enfrentar al niño a la multitud de personas intervinientes, ni es necesario que se repita la entrevista.

prueba, hasta el tratamiento especial en garantía de los derechos de la infancia, entre los cuales, el artículo 106 Procesal Penal²⁵⁶ - en adelante Pr. Pn.-introduce novedades en los derechos de la víctima, definiendo derechos con diferenciación positiva cuando las víctimas son niños, niñas o adolescentes. Asimismo, el artículo 137 del mismo cuerpo legal, señala que no debe exigirse juramento a los testigos menores de doce años de edad. En ese mismo sentido, el artículo 305 del citado código, exige que en caso de declaración de una persona menor de doce años de edad, debe realizarse como anticipo de prueba, previa evaluación psicológica que acredite que el niño o niña están en condición de rendirlo²⁵⁷.

También hay modificaciones en cuanto a la forma del interrogatorio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 213 Pr. Pn.²⁵⁸ en el sentido que las preguntas serán sencillas y con respeto de la integridad del niño o niña, que los juzgadores tienen el control de este acto procesal, y que se introduce la utilización de las Cámaras Gessel para la ejecución de estas audiencias, con la debida intermediación judicial²⁵⁹

²⁵⁶ En lo pertinente a los derechos de la víctima niño, niña o adolescente, el artículo literalmente señala que tendrán derecho a: “a) *Que en las decisiones que se tomen en el procedimiento se tenga en cuenta su interés superior.* b) *Que se reconozca su vulnerabilidad durante el proceso.* c) *A recibir asistencia y apoyo especializado.* d) *A que se proteja debidamente su intimidad y se apliquen la reserva total o parcial del proceso para evitar la divulgación de información que pueda conducir a su identificación o la de la sus familiares.* e) *A que se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia; y que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario y a que no sea interrogado personalmente por el imputado, ni confrontado con él, cuando fuere menor de doce años* f) *Ser oída por la autoridad judicial o administrativa antes de adoptar una decisión que le afecte.* g) *A que se dé aviso de inmediato a la fiscalía.* h) *A que se le designe un procurador a los efectos de asegurar la debida asistencia y apoyo durante el procedimiento, cuando carezca de representante legal o éste tenga interés incompatible con el del menor o cuando sea solicitado por la víctima con discernimiento.”*

²⁵⁷ CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn, *El proceso penal con niñez víctima del delito*, 1ª Ed., UNICEF El Salvador, San Salvador, 2009, pp. 44-45. La autora señala que los niños y niñas no pueden ser responsables penalmente, por lo cual no es necesario tomarles juramento, pues no tendrían responsabilidad por falso testimonio, por lo cual esa solemnidad no es requerida, además que en exigido por la ley, que en esos casos, las declaraciones sean hechas como anticipo de prueba.

²⁵⁸ El artículo 213 del Código Procesal Penal señala que “*el interrogatorio de una persona menor de edad estará sujeto a las modificaciones siguientes: a) Las partes harán preguntas de manera clara y sencilla, resguardando la integridad psíquica y moral de la persona menor de edad...b) En caso de ser necesario el juez podrá autorizar el interrogatorio de un testigo menor de edad utilizando los medios electrónicos o de teletransmisión que sean indispensables para salvaguardar su integridad y siempre respetando los principios de la vista pública. C) El interrogatorio deberá realizarse previa declaratoria de reserva total o parcial de la audiencia según el caso*” Código Procesal Penal, D.L. N°733 de fecha 22 de octubre de 2008, publicado en D.O. 20. Tomo 382 de fecha 30 de enero de 2009.

²⁵⁹ CORTEZ DE ALVARENGA, Alba Evelyn, *El proceso penal con niñez víctima del delito*, op. cit. pp. 48-49. La autora señala que con la introducción de las Cámaras Gessel en El Salvador, se capacitaron veintitrés psicólogos forenses del Instituto de Medicina legal, en la forma de realizar los interrogatorios con el apoyo de la cámara gessel, evitando el contacto visual y confrontación de niños y niñas víctimas o testigos. Señala también

Es decir, que la legislación penal vigente, reconoce el derecho de todo niño, niña y adolescente, de intervenir en las actuaciones judiciales, de ser oídos previamente ante cualquier solicitud favorable al imputado, a ser escuchado en la fase ejecutiva del proceso penal, a ofrecer pruebas personalmente, entre otras, como cualquier víctima adulta, aunando el número 10 del artículo 106, antes citado, que si la víctima fuera niño, niña o adolescente, tiene derecho a que las decisiones que se tomen en el procedimiento se tenga en cuenta su interés superior, a que se reconozca su vulnerabilidad durante el proceso, y a que se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia, con ayuda de un profesional de la conducta; que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario, y a que no sea interrogado personalmente por el imputado, ni confrontado con él, cuando fuere menor de doce años, sin que su condición de infancia restrinja la protección total de sus derechos²⁶⁰.

La forma de llevarse a cabo la audiencia debe seguir directrices mínimas, como ser realizada la entrevista por un profesional experto en el área de la psicología y en un lugar adaptado a las condiciones de madurez del niño, niña o adolescente; debiendo realizarse bajo supervisión judicial, ser grabada en video y audio e incorporar esta grabación a la audiencia oral, en casos de vulnerabilidad²⁶¹.

24.3 Proceso Penal Juvenil.

La respuesta al delito cometido por adolescentes ha sido construida en Latinoamérica, a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño e instrumentos internacionales como las Reglas mínimas de

que en el contexto nacional, las cámaras gessel son módulos aproximadamente de seis metros cuadrados equipadas con sistemas de audio y video que permiten grabar la declaración y reproducirla en la vista pública.

²⁶⁰ RIVAS MÁRQUEZ, Sergio Luis y otros, *Los delitos de agresión sexual y explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, en la legislación salvadoreña*, 1ª Ed., UNICEF El Salvador, San Salvador, 2009, pp.54-59. Al comentar el contenido de la ley, se concluye que se consignaron respecto al menor veinte disposiciones de protección en la legislación penal, a favor de la niñez y adolescencia víctima del delito.

²⁶¹ MIRANDA ESTRANPES, Manuel, “Los menores como víctimas de hechos delictivos, tratamiento procesal” en AA.VV. *Derechos de niñez y adolescencia en El Salvador*, 1ª Ed., UCA Editores, San Salvador, 2012, p.155. El autor hace recomendaciones de la forma en que debe hacerse la escucha de niños y niñas víctimas de delitos, partiendo del proceso penal español y de jurisprudencia a nivel de derechos humanos de la unión Europea.

las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing²⁶², las reglas de las Naciones Unidas para protección de menores privados de libertad²⁶³ y las directrices de Riadh²⁶⁴, los cuales crean un nuevo modelo legislativo que atiende los derechos de la adolescencia desde una perspectiva de corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia; y se introduce un sistema acusatorio, respetuoso de las garantías procesales, a diferencia de lo que sucedía en el proceso anterior²⁶⁵.

La Ley Penal Juvenil decretada por El Salvador en 1994²⁶⁶ establece que será aplicada a personas mayores de doce y menores de dieciocho años de edad, previendo por primera vez, un proceso acusatorio para adolescentes infractores, el cual incluye todas las garantías procesales, entre las cuales, recoge el derecho a ser escuchado de todo adolescente en el proceso penal juvenil que se siga en contra del mismo, señalando que parte de los derechos y garantías fundamentales es el cumplimiento de las reglas del debido proceso, señalando en ese orden el artículo 46 de la misma, que todo adolescente al que se le atribuyere autoría o participación en el cometimiento de un ilícito penal, tendrá derecho a ser oído en el ejercicio de su defensa, especificando el artículo 84, que el juez ordenará oír la declaración al menor, con la advertencia de poder abstenerse de hacerlo, lo que corresponde en el ámbito penal de adultos a la declaración indagatoria²⁶⁷.

Respecto a la opinión de adolescentes infractores, la observación general número 12, establece que el artículo 12 de la CDN implica que todo adolescente a quien se acuse de infringir la ley, tiene el derecho

²⁶² Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.

²⁶³ Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

²⁶⁴ Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990.

²⁶⁵ BELOFF, Mary, “Los Nuevos sistemas de justicia Juvenil en América LATINA/1989-2000”, en AA.VV. BELOFF, Mary y otros, *Justicia y Derechos del Niño*, op. cit. pp. 181-182. La autora señala que a partir de la CDN y el derecho internacional, se construye legislación Integral en la justicia penal juvenil, que se aparta del modelo de tutela del Estado y garantiza el debido proceso.

²⁶⁶ Ley Penal Juvenil, D.L. N° 863, del 27 de abril de 1994, publicado en D.O. N° 106, Tomo 323, del 6 de junio de 1994, siendo reformado por última vez el 9 de abril de 2010. Originalmente la Ley fue denominada ley del menor infractor.

²⁶⁷ BELOFF, Mary, “Los Nuevos sistemas de justicia Juvenil en América LATINA/1989-2000” op. cit. pp. 207-208. La autora hace un análisis del sistema penal juvenil en El Salvador, señalando como avance la creación del sistema acusatorio, con las garantías del debido proceso, como forma de protección integral.

a ser escuchado, debiendo respetarse plenamente en todas las etapas del proceso, debiendo ser informado de los cargos que se le imputan, debiendo crearse un ambiente que facilite la participación²⁶⁸.

24.4 Procesos Especializados en Niñez y Adolescencia

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, reconoce de forma expresa el derecho de opinión de la niñez y adolescencia desde la declaración de calidad de sujetos de derechos de todos los niños, niñas y adolescentes, al reconocer el ejercicio progresivo de las facultades y desarrollar el interés superior que incorpora como uno de sus elementos la escucha de opinión y al desarrollar el derecho a opinar y ser oído, como un derecho de la personalidad²⁶⁹.

La LEPINA introduce con el principio del ejercicio progresivo de las facultades, una serie de derechos que pueden ser ejercidos directamente por los adolescentes y niños como son el derecho a trabajar a partir de los catorce años de edad; el derecho de niñas, niños y adolescentes de presentar y dirigir sus peticiones por sí mismos – personal y directamente- ante cualquier autoridad y el derecho de adolescentes a partir de los catorce años de constituir asociaciones sin fines de lucro; de tal forma, que la incapacidad a la que se refiere el Código Procesal Civil y mercantil, debe ser interpretada para sentido de protección, y no para la restricción de sus derechos²⁷⁰.

No menos importante, es la capacidad jurídica procesal que señala el artículo 218 LEPINA; que determina que los niños y adolescentes pueden intervenir por medio de su representante legal o del

²⁶⁸ La Observación señala que el niño infractor debe ser escuchado en las etapas prejudiciales, y judiciales, y que en caso de conciliación, deberá escucharse directamente su opinión y consentimiento libre y voluntario, con la debida asesoría jurídica.

²⁶⁹ El artículo 5 de la LEPINA declara la calidad de todo niño, niña o adolescente como sujeto de derechos, reconociendo, el artículo 10 LEPINA que esos derechos serán ejercidos directamente atendiendo al ejercicio progresivo de sus facultades. El artículo 12 LEPINA desarrolla el principio del interés superior, estableciendo entre los elementos concurrentes para su garantía, la opinión del niño, desarrollándose posteriormente este derecho, en el artículo 94 de la referida ley.

²⁷⁰ RIVAS MÁRQUEZ, Sergio Luis y otros, *Los delitos de agresión sexual y explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, en la legislación salvadoreña, op. cit.* pp.57-59. Los autores señalan que la legislación civil considera a los menores de dieciocho años de edad, como incapaces para la mayor parte de actos de su vida, pero contrastando con ello, se ha dado legalmente en la legislación especializada en niñez, capacidad de reunión, de asociación, de trabajar a partir de los catorce años; considerando que la forma de demostrar la capacidad es con el documento único de identidad, lo cual es una interpretación incorrecta y restrictiva de los derechos.

Procurador General de la República; introduciendo un nuevo elemento, que es la capacidad de adolescentes a partir de los catorce años de edad, de nombrar por sí mismos a su apoderado, dotando a los adolescentes de capacidad procesal para requerir la protección judicial de sus derechos, según establecen los artículos 218 y 219 LEPINA²⁷¹.

En los Juzgados especializados en niñez y adolescencia, se tiene competencia para procesos generales de protección, procesos abreviados para autorizaciones de tratamientos médicos, autorizaciones de salida del país, así como para revisar o ejecutar las medidas dictadas en las Juntas de Protección- ente administrativo encargado de conocer a *prima facie* las vulneraciones de derechos de la infancia y adolescencia- y conoce de los casos de niñez institucionalizada, siendo una regla general en la práctica, que en todos ellos se escucha la opinión de todo niño, niña y adolescente, levantando acta en la que se deja constancia de lo dicho, la cual es firmada por el niño, haciendo además las valoraciones en la resolución respectiva.

El artículo 94 de la LEPINA, desarrolla el derecho de la infancia y adolescencia a opinar y ser oídos, garantizando que el ejercicio del mismo sea personal, sin fijar un límite mínimo de edad, atendiendo a las interpretaciones hechas por el Comité de las Naciones Unidas al artículo 12 de la Convención, por considerar que los niños pueden formarse un juicio desde muy pequeños; imponiendo la LEPINA la obligación para cualquier entidad pública o privada de valorar las opiniones de forma motivada y explícita en las resoluciones, señalando también que tal derecho debe ser ejercido voluntariamente y no debe forzarse a un niño a verter su opinión²⁷².

²⁷¹ HERNÁNDEZ, Ana Celia y otros, *Preguntas más frecuentes en la intervención policial con víctimas menores de edad*, 1ª Ed. , UNICEF El Salvador, El Salvador, 2009, pp. 54-55. Ante la interrogante si un niño, niña o adolescente puede interponer por sí mismo demanda o denuncia, se señala la capacidad procesal especial y la legitimación activa que la LEPINA da a todo niño, niña o adolescente para iniciar acciones correspondientes para la garantía de sus derechos.

²⁷² BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia comentada de El Salvador Libro Primero*, op. cit. pp. 454-455. El autor señala que algunos países fijan edad mínima para ejercer el derecho de opinar del niño, lo cual no obedece a la interpretación hecha por el Comité, que ha recomendado que la garantía sea integral, es decir, a todos los niños, aún a los que tengan problemas de comunicación o discapacidad, buscando al profesional que facilite su comunicación.

25. Derecho Comparado

En Argentina, la ley Nacional Argentina 26.061, reconoce en su artículo segundo²⁷³ el derecho de los niños a ser oídos, pudiendo darse por cualquier medio de manifestación o expresión, por el cual se den a entender. De igual forma, la Ley 13.634 de La Provincia de Buenos Aires consagra también el derecho de los niños a ser oídos en cualquier etapa del proceso, señalando los derechos a peticionar, a expresar sus opiniones, y a que estas sean tenidas en cuenta en toda decisión que afecte sus derechos.

En Venezuela, la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente- en adelante LOPNA- establece el derecho de opinión en su artículo 80²⁷⁴, garantizando el ejercicio personal y directo de ese derecho en los procedimientos administrativos y judiciales que afecten sus derechos, estableciendo la asistencia de profesionales en casos de niñez con capacidad especial; y la representación de sus responsables, solo en los casos en que no resulte conveniente para interés del niño o adolescente ejercerlo por sí mismo; presentando el interés superior en este caso, como un límite al ejercicio directo²⁷⁵.

La LOPNA hace una definición del derecho de opinión, en términos análogos a la Convención, con un lenguaje más claro y una redacción más precisa, ampliándose en el sentido de abarcar todas las esferas de la niñez y adolescencia incluyendo la estatal, familiar, comunitaria, social, escolar, deportiva y recreacional, entre otras; señalando como precisión importante, que determina que este derecho es

²⁷³ El artículo 2 de la Ley 26.061 dispone que “*Los Niños, niñas o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos, señalando los artículos 19,24 y 27 de la misma, el valor que debe darse a tal opinión.*”

²⁷⁴ El Artículo 80 LOPNA, señala “*Todos los niños y adolescentes tienen derecho a: a) Expresar libremente su opinión en los asuntos en que tengan interés; b) que sus opiniones sean tomadas en cuenta en función de su desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven los niños y adolescentes...*”

²⁷⁵ DEL MORAL FERRER, Anabella, *op. cit.* pp. 94-96. La autora señala que la LOPNA abarca de forma más extensa el derecho de opinión, pues lo establece en todos los ámbitos de la infancia y adolescencia, y no solo los procesales, sosteniendo que dicho ejercicio es protagónico y directo, excepto en los casos en que el niño no desee ejercerlo o que su ejercicio se hace excepcionalmente por una tercera persona, que no tenga interés contrario al niño.

una garantía fundamental del debido proceso, y que la comparecencia del niño o niña, será de la forma más adecuada a su desarrollo y situación personal, ajustando la audiencia a las necesidades propias de la niñez en un ambiente que ofrezca tranquilidad y seguridad, evitando experiencias traumáticas para su desarrollo; siendo el único límite válido para el ejercicio, el interés superior del niño²⁷⁶.

En Ecuador, se aprobó el Código de la Niñez y Adolescencia, con la calidad de ley orgánica, que de acuerdo a la Constitución de Ecuador, la convierte en una ley superior a la ley ordinaria; que le da un efecto significativo al momento de la aplicación²⁷⁷. En su libro primero, recoge los principales derechos y garantías consagradas en la Constitución e instrumentos internacionales, reiterando la calidad de sujetos plenos de derechos de la infancia y adolescencia, reconociendo el ejercicio directo de los derechos, y en caso de los adolescentes, la capacidad especial para ejercer directamente acciones judiciales encaminadas al ejercicio y garantía de sus derechos²⁷⁸

Dentro del Código de Niñez y Adolescencia de Ecuador, encontramos en lo pertinente al derecho de Opinión, que el artículo 41 señala entre las obligaciones del Estados, en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, “1. Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes” y “34. Asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés o que los involucren cualquiera sea su naturaleza, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su integridad física y psicológica y garantizar el cumplimiento de

²⁷⁶ PERDOMO, Juan Rafael, “El derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos en la Convención sobre los Derechos del niño y la ley orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes”, en AA.VV. MORALES, Georgina y Delia MARTÍNEZ, *op. cit.* pp. 27-28. El autor señala la importancia de dar la categoría de garantía constitucional en la ley secundaria, al derecho de opinión; y también la adaptación de las condiciones de la audiencia a las necesidades de la infancia, creando una administración de justicia diferenciada y especializada para la niñez y adolescencia.

²⁷⁷ El artículo 143 de la Constitución de Ecuador, señala que deben ser leyes orgánicas, “*las que regulan la organización y actividades de la función ejecutiva, legislativa y judicial.... y las que regulan las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su protección*”, de tal forma, que el Código de la Niñez y adolescencia fue aprobada en tal categoría, siendo por ello, jerárquicamente superior a la ley ordinaria, y teniendo un grado preferente para su aplicación en caso de conflicto.

²⁷⁸ SIMON, Farith, *op. cit.* pp. 233-234. El autor señala que el Código de Infancia y Adolescencia de Ecuador introdujo un reconocimiento de derechos y de garantías que se perfilan como potestades cuya observancia es exigible a las personas responsables de asegurar su eficacia.

*los términos señalados en la ley o en los reglamentos frente al debido proceso. Procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal*²⁷⁹.

Por su parte, el Código del Niño, niña y adolescente de Bolivia²⁸⁰, fue una reforma al Código del Menor aprobado en 1992, como un intento de adecuar la legislación interna a la Convención; sin embargo, todavía existía todo un resabio de la protección irregular, por lo cual después de tres años de su entrada en vigor, se inició un proceso de revisión del Código del Menor, sobre todo por parte de las Instituciones y la sociedad civil más comprometida con la infancia, logrando la elaboración de un nuevo proyecto de ley que adecuara la legislación boliviana a la Convención²⁸¹.

El referido Código de niñez en su artículo 16 establece el derecho a opinar y ser escuchado, y tomados en cuenta, de acuerdo a su etapa progresiva de desarrollo, extendiéndolo a los ámbitos en que se desenvuelve la niñez y adolescencia y señalando el párrafo segundo del referido artículo, que se garantice *“especialmente en todo procedimiento administrativo y judicial que conduzca a una decisión que esté vinculada a la garantía de sus derechos e intereses”*.

En Costa Rica, el Código de Niñez y Adolescencia entró en vigencia el 6 de febrero de 1998, teniendo un proceso de creación de la ley, a través de consultas, el cual duró dos años, aunado a dos años más desde la presentación a la Asamblea Legislativa hasta su aprobación, reconociendo en su primera parte, los principios rectores y los derechos de la niñez y adolescencia, y en su título tercero, las garantías procesales a favor de la infancia²⁸².

²⁷⁹ Ley 1908, Diario Oficial No. 46.446 de 8 de noviembre de 2006, Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, en www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2006/ley_1098_2006.html, consultada el 12 de noviembre de 2012.

²⁸⁰ El Código del Niño, niña y adolescente de Bolivia, fue promulgado el 27 de octubre de 1999.

²⁸¹ UNICEF, Código del niño, niña y adolescente de Bolivia, en www.unicef.org/bolivia/legislation_2007.htm, consultado el 14 de noviembre de 2012. Bolivia fue el octavo país en ratificar la CDN, y a pesar de la aplicación directa de esta, proclamó una ley especial de infancia y adolescencia.

²⁸² MOLINA BLANCO, Leticia María, *Familia, niñez y adolescencia: aspectos jurídicos fundamentales*, 1ª Ed., Editorial Universidad Estatal a distancia, San José, 2010, pp. 100-102. La autora señala que en Costa Rica, se integró a partir de 1994 una comisión internacional integrada por el Estado y asociaciones no gubernamentales con el fin de impulsar una ley de la niñez con origen participativo, realizando una consulta con sectores sociales, previo a la elaboración del texto de la ley.

En el derecho de acceso a la justicia, se desarrolla, en el artículo 105 del Código de Niñez y Adolescencia de Costa Rica²⁸³, la *opinión de personas menores de edad*, señalando literalmente el referido artículo, que *“Las personas menores de edad tendrán participación directa en los procesos y procedimientos establecidos en este código y se escuchará su opinión al respecto. La autoridad judicial y administrativa siempre tomará en cuenta la madurez emocional para determinar cómo se recibirá la opinión”*; es decir, que esta legislación reconoce el derecho de opinión sin límites mínimas de edad en los procesos administrativos y judiciales. Señalando el artículo 107 del mismo cuerpo legal que es derecho procesal que la niñez y adolescencia sea *“escuchada, y que su opinión y versiones sean consideradas en la resolución que se dicte”*, lo cual es desarrollado en el artículo 114 literal f) como garantía procesal.

La República de Nicaragua, también cuenta con un Código de la Niñez y Adolescencia²⁸⁴, el cual fue aprobado y entro en vigencia en el año 1998, el cual en lo relativo al derecho de opinar, señala en su artículo 17 que *“las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte sus derechos, libertades y garantías ya sea personalmente, por medio de un representante o de la autoridad competente... en función de su edad y madurez. La inobservancia del presente derecho causará la nulidad absoluta de todo lo actuado en ambos procedimientos”*, por lo cual, opera como una garantía procesal de su escucha y valoración.

Guatemala cuenta también con Código de Niñez y Juventud²⁸⁵, el cual respecto a la garantía de opinión de niñez y adolescencia señala en su artículo 143, que la niñez y juventud amenazada en sus derechos

²⁸³ Código de Niñez y Adolescencia de la República de Costa Rica, Ley 7739, aprobado el seis de enero de 1998, en www.oas.org/dil/esp/Codigo_Niñez_Adolescencia_Costa_Rica.pdf, sitio web visitado el 25 de noviembre de 2012. Este Código desarrolla el derecho de opinión y también la garantía de opinión, señalando que es una obligación del Estado crear las condiciones idóneas para la escucha. Asimismo, al ser una garantía del proceso, su incumplimiento acarrea la nulidad de lo actuado.

²⁸⁴ Código de la Niñez y Adolescencia de la República de Nicaragua, Ley 287, Aprobada el 24 de marzo de 1998, vigente desde el 12 de mayo de 1998. Este código recoge en un mismo artículo el derecho de opinión y la sanción de nulidad que conlleva su incumplimiento; señalando en la sección pertinente a justicia penal juvenil, lo concerniente a los principios procesales a favor del adolescente infractor; pues a pesar de ser un intento de legislación de protección integral, desarrolla en la misma los aspectos de protección y de adolescencia en conflicto con la ley

²⁸⁵ Código de la Niñez y la juventud de la República de Guatemala, D.L. N°78-1996, del 11 de septiembre de 1996, entrado en vigencia el 27 de septiembre de 1996, en www.usac.edu.gt, sitio web visitado el 25 de noviembre de 2012.

“gozarán de las siguientes garantías procesales: a) A ser escuchado...dentro de la investigación, y que su opinión y versiones sean tomadas en cuenta y consideradas en la resolución que dicte el juzgado...”

26. Formas de recibir la opinión de niños, niñas y adolescentes.

La audiencia de opinión de un niño, niña o adolescente, debe ser un acto voluntario y espontáneo, con la información previa al acto, de carácter informal e individual, en la que se solicite su parecer respecto a uno o varios asuntos y que proporcione argumentos al juez, para una fundamentación²⁸⁶. Para escuchar dicha opinión, debe rodearse el acto de ciertas previsiones, que aseguren el contacto provechoso entre el entrevistador y el entrevistado, para crear un ambiente de diálogo con proclividad a la apertura hacia el otro; pues el solo ambiente litigioso y a veces hostil, que rodea los procesos judiciales, requiere de una neutralización para que el resultado sea provechoso²⁸⁷.

Las personas que se relacionan con niños y adolescentes, deben asumir una actitud proactiva dirigida a preguntar su parecer, pensamientos y sentimientos, no con el fin de obtener una confesión o un medio de prueba, sino un juicio de valor emitido de forma espontánea²⁸⁸, de tal forma que el ambiente de la audiencia no debe ser hostil sino cordial, que permita que el niño entre en confianza con el juez y pueda expresarse respecto al asunto a resolver, pero no con el ánimo de ser juzgado, sino que con el fin de valorar esa opinión, debiendo explicarle el carácter no vinculante de la misma.

La opinión de los niños, debe ser informada, pues de lo contrario no podrían expresarse realmente sobre su deseo respecto al asunto a resolver, evitando que sean escuchados completamente descontextualizados sin saber la causa por la que se encuentran ante el juez; debiendo indicársele con

²⁸⁶DUBUC PINEDA, Enrique, “Notas sobre el acto procesal de oír la opinión de los niños, niñas y adolescentes”, en AA.VV. MORALES, Georgina y Delia MARTÍNEZ, *op. cit.* pp. 74-75

²⁸⁷ PETTIGIANI, Eduardo Julio, *op. cit.* p. 212. El autor sostiene que de no darse a la audiencia, la trascendencia que tiene, se corre el peligro de frustrar su éxito, porque puede llevar al niño a no confiar en la persona que tiene bajo su responsabilidad la decisión de un asunto en el que se encuentra involucrado.

²⁸⁸ PERDOMO, Juan Rafael, *op. cit.* p. 24. El autor señala que la opinión en los procesos administrativos y judiciales, no debe verse como un medio de prueba, sino como una garantía de audiencia, en el sentido de permitir al Niño, niña o adolescente exponer su opinión, como un juicio de valor sobre el asunto que le afecta.

precisión el proceso que se lleva, el tribunal que lo conoce, así como el juzgador o juzgadora, el conflicto que se ha planteado y las alternativas de solución²⁸⁹.

La forma de la audiencia debe ser generalmente oral, sin perjuicio de que sea excepcionalmente por otro medio documental, o en los casos de no poder hablar, por cualquier medio válido, incluso por lenguaje no verbal; y se recomienda que se realice una audiencia especial, distinta de la audiencia de juicio, en la que de preferencia debe restringirse la comparecencia de terceras personas para garantizar la finalidad del acto y la expresión voluntaria y libre de los pensamientos y sentimientos de los niños y adolescentes²⁹⁰.

Al entrar en vigencia la LEPINA, y los Juzgados Especializados en Niñez y Adolescencia, se realiza en todos los casos ya sean contenciosos o no, una audiencia de opinión en la cual el niño, niña o adolescente emite su opinión ante el juez, levantando el acta en la cual se deja constancia de la misma, la cual puede ser levantada excepcionalmente en libro aparte si el adolescente requiere por causas justificadas que sea confidencial su contenido; siendo necesario en algunos casos contar con un psicólogo que ayude en el proceso y en un ambiente apropiado para ello.

La comparecencia del niño es personal y puede hacerse en la sala de audiencias o bien, en el despacho judicial, siendo preferible por la inmediación y por la naturaleza misma del derecho del niño de ser escuchado por el funcionario que toma las decisiones, que sea escuchado directamente; pudiendo el juzgador en caso de considerarlo necesario, hacerlo con auxilio del equipo multidisciplinario; pudiendo llevarse a cabo en cualquier espacio apropiado que facilite la comparecencia del niño, niña o adolescente, debiendo planearse de tal forma que se haga comparecer al mismo solamente el tiempo necesario para la audiencia, la cual, debe quedar registrada en acta, a la

²⁸⁹ CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal, “Aproximación al acuerdo de la sala penal del Tribunal Supremo de justicia acerca de las orientaciones sobre la garantía del derecho humano de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales ante los Tribunales de Protección”, en A.A.V.V. MORALES, Georgina y Delia MARTÍNEZ, *op. cit.* p. 63.

²⁹⁰ DUBUC PINEDA, Enrique, *op. cit.* pp. 77- 78. El autor recoge una serie de recomendaciones sobre la forma o modo del acto de audiencia de opinión, señalando que debe ser idealmente una sola audiencia oral, en un ambiente de privacidad para el niño, en el cual aún el juez debe vestir de forma tal que sea menos intimidatorio de lo que normalmente son las audiencias.

cual deberá darse lectura y ser firmada por el compareciente, o en caso de no saber hacerlo, puede ser suplido con sus huellas dactilares²⁹¹.

27. Valoración de la opinión de niños, niñas y adolescentes.

Las opiniones emitidas por niñas, niños y adolescentes, deben ser debidamente valoradas, ponderadas y tomadas en cuenta por las personas obligadas por ley a oírlos; incorporando esta escucha activa, en el proceso de construcción de la decisión a tomar, valorándose como un elemento más para adoptar la decisión, en razón de la edad y madurez del escuchado, aunque no es en sí misma vinculante para el funcionario, como se ha relacionado en la jurisprudencia que antecede²⁹².

La información recogida de la opinión del niño debe ser evaluada junto a las demás piezas de convicción, pero nunca podrá revestir el carácter de prueba definitiva para fundar de forma exclusiva la sentencia²⁹³, pues el juez debe recordar que es independiente, autónomo e imparcial, y que desde esa visión la opinión escuchada no resulta vinculante, pero sí le permite deducir argumentos y razones que deben ser tomados en cuenta para determinar el interés del niño, en el caso en concreto y adoptar la mejor decisión, que asegure su desarrollo integral y el disfrute pleno y efectivo de todos sus derechos²⁹⁴.

El juez al tomar cualquier decisión en la que afecte la esfera de derechos del niño, debe basarse en el interés superior del mismo, aunque este interés no coincida con su voluntad, pues aunque la opinión es un factor importante para resolver el asunto, la decisión judicial debe ser autónoma y razonada, y debe responder a los hechos y a motivaciones y circunstancias objetivas, valorando no solamente lo que

²⁹¹ *Ibid.* pp. 81-87. El autor señala la comparecencia personal, buscando el espacio idóneo para adaptarse a la comodidad del niño, de tal forma que si existe alguna alteración psicológica o de salud, deberá ser el juez quien se traslade a un lugar de confort para el niño, señalando la importancia de la ulterior documentación de la audiencia en el acta respectiva, que debe cumplir con las formalidades mínimas.

²⁹² PERDOMO, Juan Rafael, *op. cit.* p. 25. El autor sostiene que la opinión por sí misma no opera como una vinculación al juez para tomar su decisión, sino que debe ser valorada como un elemento aunado a la prueba objetiva que se produzca en el proceso, que permita tomar la decisión que mejor garantice los derechos del niño.

²⁹³ GROSSMAN, Cecilia, *Los derechos del niño en la familia, op. cit.* p. 267. La autora señala que debe darse el debido lugar al pensamiento del niño, sin que esto equivalga a desplazar la responsabilidad de decisión de los adultos.

²⁹⁴ CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal, *op. cit.* p. 94 El juez deduce argumentos que deben ser tomados en cuenta al momento de adoptar una decisión, respetando el desarrollo evolutivo de la niñez.

literalmente exprese el niño, sino que valorando si la opinión no está mediatizada o influida, para lo cual es idóneo el auxilio de profesionales en la conducta, a través de las evaluaciones correspondientes que permitan determinar los grados de madurez y de afectación que pueda presentar el niño, niña o adolescente²⁹⁵.

28. Efectos jurídicos del incumplimiento de la garantía de escuchar y valorar la opinión de niñez y adolescencia en los procesos que les afecten

El niño no debe escapar de la protección Constitucional que su derecho a opinar merece, mucho menos, cuando se dirimen asuntos que afectan su esfera de derechos, es decir, en las que tiene protagonismo²⁹⁶. Es indispensable por lo tanto, hacer efectivos estos derechos a través de disposiciones de naturaleza sustantiva y procesal, pues los derechos que no se hallan sustentados en garantía, son letra muerta²⁹⁷.

El derecho de opinar constituye en la mayoría de los procesos judiciales, la única posibilidad que tiene el niño, la niña o adolescente, de dirigirse directa y personalmente al juez o jueza, y exponer su posición frente al conflicto planteado, la cual puede ser aún contraria a la de sus representantes, por lo cual debe catalogarse como una garantía propia del debido proceso²⁹⁸; de tal forma, que aún si no se deja constancia de ello, puede incurrir en vulneración de derechos²⁹⁹.

²⁹⁵ TEJEDOR, María Asunción, *op. cit.* p. 72. La autora sostiene que la decisión judicial no siempre sigue el deseo del niño y no debe atenderse a este, cuando es infundado y perjudicial para el mismo, cuidando que la oposición del niño o adolescente, no vuelva inviable lo ordenado, o que no afecte la estabilidad psíquica del mismo, por ejemplo, al imponer forzosamente un régimen de comunicación.

²⁹⁶ WEINBERG, Inés, *op. cit.* p. 191. La autora cita el contenido del artículo 12 CDN, para establecer que la opinión de la infancia debe ser tenida en cuenta, y que constituye un corolario del derecho de expresión, de tal forma que debe brindarse a la niñez la oportunidad de participar en la resolución de asuntos que le son propios, desde una protección constitucional de sus derechos.

²⁹⁷ RISOLÍA DE ALCARO, María Matilde, *op. cit.* p. 268

²⁹⁸ CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal, *op. cit.* p. 58. Para el autor, el reconocimiento y garantía del derecho humano a opinar y a ser oído en los procesos judiciales constituye una de las características distintivas de la jurisdicción especializada y una manifestación directa del principio que considera a la infancia como sujetos plenos de derecho.

²⁹⁹ *Vid.* 223. La Cámara señala que ante la no consignación de la opinión en el acta agregada al proceso, a pesar de constar la comparecencia y firma de la niña afectada, la juez a quo cometió una vulneración del derecho de audiencia. No obstante, la Cámara no declaró la nulidad de lo actuado.

La nulidad de lo actuado puede declararse cuando no se cumpla una formalidad esencial del proceso, debiendo distinguir, los casos en que un acto sea aislado y no haya actos posteriores, en cuyo caso deberá ordenarse el mismo al advertir la nulidad; de los casos en que el acto procesal afecta actos consecutivos, en el cual el juez debe ordenar la reposición de la causa dejando sin efecto lo actuado con posterioridad, siempre y cuando se afecte la validez del acto, pues no deberá declararse la nulidad si el acto procesal ha alcanzado el fin al cual estaba destinado³⁰⁰

Por ello, el legislador, en el artículo 223 LEPINA³⁰¹ señala que la violación al derecho de opinar y ser oído de la niña, niño y adolescente, produce la invalidez de lo actuado y sus consecuencias – es decir, nulidad- constituyéndose una violación, la negativa injustificada de escuchar la opinión; o la no valoración de la misma, en las resoluciones que se adopten en un proceso que afecte la esfera de derechos de niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, la sentencia 228-A-2011 de la Cámara de Familia de la Sección del Centro, declara la nulidad de la sentencia, por existir una vulneración del derecho de opinión, fundamentando tal revocatoria en los efectos que señala el precitado artículo 223, señalando que a pesar de constar en el examen previo que se les citaría para audiencia a los adolescentes afectados en el caso, no quedó constancia en el expediente si se escuchó o no tal opinión, lo cual produce la nulidad de lo actuado, lo cual constituye un precedente jurisdiccional importante, ordenando la reposición del acto procesal por un juez distinto designado por la Cámara.

Dicha sentencia señala literalmente que *“el auto donde se realiza el Examen Previo... convoca a los jóvenes [...], a ser escuchados por parte de la Jueza A quo, conforme a los Arts. 7 literal j) L.Pr.Fm.; 12 CDN y 94 LEPINA, el cual no se dice en ninguna parte del proceso si efectivamente se realizó, lo que hace presumir que no se efectuó y solo esa omisión conforme al Art. 223 LEPINA produce la invalidez de todo lo actuado y de todo lo que sea su consecuencia inmediata”*, señalando posteriormente que

³⁰⁰ CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal, *op. cit.* pp. 91-92. El autor señala que no debe sacrificarse la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, sino que deben ser violaciones esenciales para la validez.

³⁰¹ El artículo 223 de la LEPINA se titula invalidez de las actuaciones procesales, y señala que *“la violación del derecho de opinar de la niña, niño o adolescente, producirá la invalidez de lo actuado y todo lo que sea su consecuencia inmediata; salvo que ella sea expresamente consentida o no le produzca prejuicios..”*

“como consecuencia de lo expuesto, consideramos procedente declarar la nulidad cometida, conforme lo dispuesto en los Arts. 218 de la Ley Procesal de Familia y 223 LEPINA y mandar a reponer la Audiencia de Sentencia. También debe prevenirse a las partes, sobre todo a los Señores [...], para que presenten a los jóvenes [...], el día de la celebración de la Audiencia de Sentencia que se señalare posteriormente y con ello sean escuchados por parte del(la) Juez(a) A quo designado, conforme a los Arts. 7 literal j) L.Pr.Fm.; 12 CSDN y 94 LEPINA”³⁰².

El derecho a ser escuchado constituye por lo tanto, la garantía de audiencia, pues es una obligación para el funcionario encargado de la toma de decisiones, de asegurarse de brindar la oportunidad efectiva de participación a todo niño dentro de todo proceso en el que se tome una decisión que afecte su esfera de derechos de forma directa o indirecta. Esto requiere de una amplitud de criterio, que permita al niño sentirse tomado en cuenta; de tal forma que el funcionario debe tomar el tiempo y estar preparado para atenderlo con una actitud respetuosa de la condición de sujeto pleno de derechos del niño, teniendo respeto de su condición especial de sujeto en desarrollo, de tal forma que la escucha constituya un cambio en la actuación y valoración de esta opinión³⁰³.

Abstenerse de escuchar la opinión de una niña, niño o adolescente en un procedimiento administrativo o judicial, es una violación a un derecho humano y a un principio de carácter constitucional, lo que conllevaría por regla general la nulidad de lo actuado, y la reposición garantizando tal derecho, excepto en los casos de negativa a opinar o que se prescinda del acto, por ser manifiestamente innecesaria la opinión para el caso en concreto³⁰⁴.

³⁰² CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO, Sentencia Definitiva número 228- A- 2011, del 30 de mayo de 2012, pp. 4-6. La referida sentencia refiere la importancia de dejar constancia del acto procesal de opinión, y de los efectos legales de la omisión de la garantía de opinión en todo proceso judicial.

³⁰³ DEL MORAL, FERRER, Anabella, *op. cit.* p. 80. El ser escuchado exige del adulto funcionario, un cambio radical en la forma de actuar y en la de pensar, estando obligado a disponer del tiempo y de la capacidad para atender y escuchar a un niño, de tal forma que con la consideración de su capacidad progresiva, se respete la calidad de sujeto de derechos.

³⁰⁴ PERDOMO, Juan Rafael, *op. cit.* p. 30. El autor señala que es imposible decidir en el interés superior del niño, sin antes escuchar su opinión, y esto se vuelve trascendental en los espacios estatales, donde se toman decisiones de importancia para sus vidas. En el mismo sentido, CORNIELES PERRET GENTIL, Cristóbal, *op. cit.* p.89, señala que el no oír la opinión es violación de un derecho fundamental, lo cual acarrea la nulidad y reposición de la causa a partir del estado en que se garantice tal derecho.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

PRIMERA

La infancia ha sido totalmente invisibilizada históricamente y en la práctica judicial, de tal forma que no se les consideraba a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos humanos, ni se estimaba que los mismos eran capaces de ejercitar sus derechos directamente; evolucionando esta concepción con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, que introduce la visión de la infancia y adolescencia como sujetos plenos de todos los derechos humanos y derechos fundamentales consignados en la Constitución de la República, la cual reconoce a la persona desde el instante de la concepción, además de derechos especiales derivados de su condición de persona en desarrollo establecidos en la Convención.

SEGUNDA

La Convención tienen entre sus principios rectores el interés superior del niño, niña y adolescente, que es un principio rector de carácter interpretativo y sistemático de las disposiciones de la ley, para casos en los cuales hay conflicto jurídico, vacío legal, pero debe ser utilizado bajo una ponderación objetiva, debiendo cumplir una función correctora e integradora de las normas legales, en el sentido de neutralizar la aplicación de disposiciones que sean contrarias a los derechos de la Niñez; pudiendo actuar también en ese mismo sentido como limitante para el ejercicio de algún derechos del mismo niño, niña o adolescente; y el principio del ejercicio progresivo de las facultades, que reconoce que todo niño y niña desarrolla sus facultades cognitivas, físicas, sociales, morales y emocionales en la medida que va creciendo, y que el ejercicio directo de sus derechos debe ser gradualmente aumentado en razón de la edad y madurez, fomentando la evolución y participación de la infancia como ciudadanía, dejando atrás la visión del niño incapaz; contrastando también con la fijación de edades mínimas para el ejercicio del derecho de opinión, pues el juez debe valorar en cada caso, el grado de madurez y capacidad de formarse un criterio propio; siendo ambos, la base de la garantía de opinión de todo niño, niña y adolescente.

TERCERA

La participación de la niñez, y por ende el escuchar la opinión de los mismos en todo proceso que afecte sus derechos, es un principio que potencia el cumplimiento de todos los demás derechos, debiendo tomarse en cuenta tales opiniones de acuerdo al grado de madurez y desarrollo, de tal forma que se incorpore a la niñez en la ciudadanía activa en correspondencia con su desarrollo, impulsando el ejercicio directo de los derechos por parte de la niñez como un componente del derecho a la autodeterminación.

CUARTA

La garantía de audiencia es un mecanismo judicial tendiente a tutelar y hacer efectivo el derecho de audiencia de todas las personas, el cual es oponible de forma directa y exclusiva contra el Estado, actuando como un marco de justicia ordinaria que establece la obligación de escuchar a una persona antes de afectar un derecho de la misma; y en caso de no cumplirse esta orden, la garantía actúa con efectos reparadores, siendo el efecto de su incumplimiento la nulidad de lo actuado.

QUINTA

La Constitución de la República, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establecen la garantía del derecho de opinión de todo niño, niña y adolescente, por lo que la vulneración de su cumplimiento en todo proceso judicial acarrea la nulidad de lo actuado y lo que fuera su consecuencia, ya sea por el hecho de no constar que se realizó la escucha por parte del funcionario competente o que la opinión vertida no fue objeto de valoración en la resolución respectiva; siendo parte de esta garantía, que la opinión debe ser escuchada de forma directa por el funcionario encargado de la toma de decisiones, debiendo estar el niño, niña o adolescente debidamente informado del asunto a tratar y de las alternativas de solución, debiendo procurarse una ambiente no hostil para la celebración del acto de opinión, de preferencia en una audiencia especial distinta de la audiencia de juicio, debiendo considerarse que es un acto obligatorio y no facultativo del funcionario.

Recomendaciones

PRIMERA

Es indispensable que los funcionarios que toman decisiones que afectan derechos de infancia y adolescencia, así como los niños, niñas y adolescentes, sean capacitados respecto a la doctrina de protección integral y respecto a la garantía del derecho Constitucional de audiencia, y a la obligación de escuchar a todo niños, niña y adolescente en todo proceso en que se afecte su esfera de derechos, capacitándoles de las consecuencias legales de su incumplimiento además de la responsabilidad del funcionario en proceso de amparo.

SEGUNDA

En la legislación familiar, de aplicación supletoria en los procesos de violencia intrafamiliar, se ha establecido el deber del juez de escuchar la opinión de todo niño, niña y adolescente en todo asunto que afecte sus derechos, por lo cual debe escucharse la opinión de los mismos en cualquier proceso o diligencias de familia o de Violencia Intrafamiliar, en la cual hubieren pretensiones que directa o indirectamente, aún por cuestiones conexas que puedan afectar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, independientemente si el proceso es contencioso o de jurisdicción voluntaria.

TERCERA

Deben crearse dentro de los centros judiciales espacios idóneos no hostiles para escuchar la opinión de niños, niñas y adolescentes, capacitar a los funcionarios en la forma idónea de atención a esta población, así como facilitar el acceso a la justicia por medio de tecnología como el uso de las cámaras gessel al menos en cada una de las cabeceras departamentales del país, para efectivizar el acceso a la justicia para la infancia y adolescencia de El Salvador.

BIBLIOGRAFÍA

Índice Bibliográfico

ABREGU, Martín y Christian COURTIS, *La Aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 2ª Ed., Editoriales del Puerto, Buenos Aires, 1998.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, 1ª Ed., Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALFAGEME, Erika y otros, *De la participación al protagonismo Infantil. Propuestas para la Acción*, 1ª Ed., Editorial Plataforma de Organizaciones de Infancia, Madrid, 2003.

ALVARADO BONILLA, José Daniel y otros, *Derecho de Familia Centroamericano* 1ª Ed., Editorial Jurídica Continental, San José, 2010

ANAYA, Salvador Enrique y otros, *Teoría de la Constitución Salvadoreña*, 1ª Ed., Editorial Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2000.

ARFOUILLOUX, Jean Claude, *La entrevista con el niño*, 1ª Ed., Ediciones Marova, Madrid, 1977.

ARREDONDO, Valeria y Edgardo TORO, *Espejos de Infancia, Análisis en intervenciones en Violencia Infantil*, 1ª Ed., Corporación ONG Paicabí, Valparaíso, 2010.

ASCENCIO MELLADO, José María, *Introducción al Derecho Procesal*, 5ª Ed., Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

BELOFF, Mary, *Derecho, infancia y familia*, 1ª Ed., Editorial Gedisa S.A., Barcelona, 2000.

BELOFF, Mary, *Los derechos del Niño en el Sistema Interamericano*, 1ª Ed., Editorial Del Puerto, Buenos Aires, 2008.

BERNUZ BENEITEZ, María José, “*El derecho de Niño a ser oído*”, en AA.WW., CALVO GARCÍA, Manuel y Natividad Fernández Sola (coords.), *Los derechos de la infancia y de la adolescencia. Primeras Jornadas sobre Derechos Humanos y libertades fundamentales*, Mira Editores, Madrid, 2000.

BERTRAND GALINDO, Francisco y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Centro de Investigación y capacitación, San Salvador, 1996.

BORRAJO INIESTA, Ignacio, La Nulidad de Actuaciones según la ley orgánica del Poder Judicial, en *Principios Constitucionales en el Proceso Civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

BOSSERT, Gustavo A. y Eduardo A. ZANNONI, *Manual de Derecho de Familia*, 5ª Ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.

BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada de El Salvador. Libro Primero*, 1ª Ed., Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2012.

BURGOA, Ignacio, *Las Garantías individuales*, 18ª Ed., Editorial Porrúa, México D.F., 1984.

CAMPOS, Roberto D., *Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores*, 1ª Ed., Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2009.

CARPIO AVILES, Gloria Angelina, Ana Yanssin Chicas Esquivel. “Los Postulados en la Convención de los Derechos del Niño y la ley penal juvenil, la garantía de audiencia y el derecho a la defensa técnica”, *Tesis de grado*, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2006.

CARRERAS DEL RINCÓN, Jorge, *Comentarios a la Doctrina Procesal Civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. El artículo 24 de la Constitución Española. Los derechos fundamentales del Justiciable*, 1ª Ed., Ediciones Jurídicas y sociales, S.A., Madrid, 2001.

CHUNGA LAMONJA, Fermín, *Derechos de menores: historia. Doctrina. Declaraciones Internacionales*, 6ª Ed., Editorial Grijley, Lima, 2002.

CUSSIANOVICH Alejandro y Ana María MÁRQUEZ, *Hacia una participación protagónica de los niños, niñas y adolescentes*, Editorial Save the Children, Suecia.

FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *Los derechos de audiencia y al juez legal en el sistema constitucional español*, 1ª Ed., Universidad de Oviedo, España, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris, Teoría del Derecho y de la democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2011.

FIGUEROA MELÉNDEZ, María de los Ángeles y Silvia Cristina PEREZ SÁNCHEZ, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho Procesal de Familia*, 1ª Ed., Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2010.

FIGUEROA MELÉNDEZ, María de los Ángeles y Silvia Cristina PEREZ SÁNCHEZ, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia*, 1ª Ed., Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2010.

GARCÍA, Gonzalo y Sergio MICCO, *Hacia una teoría del Preciudadano*, en AA.VV. Editado por Crisóstomo Pizarro y Eduardo Palma, *Niñez y Democracia*, 1ª Ed., UNICEF, Bogotá, 1997.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia, ley y democracia en América Latina*, 1ª Ed., Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, 1998.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y María del Carmen BIANCHI, comp.; *Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos*, Editorial UNICEF, Montevideo, 1994.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia*. Tomo I. 1ª ed., Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2006.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, María Victoria FAMA y Marisa HERRERA, *Ley de Protección Integral de Niños, niñas y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada Anotada Concordada*. 1ª ed., Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007.

GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, 1ª Ed., Editorial Cotex, Madrid, 2007.

GOCHEZ MARÍN, Ángel, *La garantía del audiencia y algunas nulidades procesales civiles*, 1ª Ed. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2005.

GONZÁLEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto y otros, *Ensayos Doctrinarios sobre el Nuevo Código Procesal Penal*, 1ª Ed., Impresos Litográficos, San Salvador, 1998.

GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos Humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, 1ª Edición, Editorial Universidad Autónoma de México, México, 2008.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Sujetos del derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª Ed., Civitas Ediciones, Madrid, 2001.

GROSSMAN, Cecilia P, *Derechos del Niño en la familia. Discurso y realidad*, 1ª Edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998.

GUTIÉRREZ BERLINCHES, Álvaro, *El juicio verbal de Alimentos*, 1ª Ed, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 2003.

GUTIÉRREZ CHAVARRÍA, María Luz y MOLINA BLANCO, Leticia, *Familia Niñez y Adolescencia, Aspectos Jurídicos Fundamentales.*, 1ª Ed., Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, Costa Rica, 2010.

HERNÁNDEZ, Ana Cecilia, y otros, *Preguntas más frecuentes en la intervención policial con víctimas menores de edad*, 1º Ed, UNICEF El Salvador, San Salvador, El Salvador, 2009.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “El Juez Nacional como garante de los Derechos Humanos” en *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos Humanos del Siglo XXI*, 1ª Ed., Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999

INSIGHT, Innocenti, *La evolución de las Facultades del Niño*, Editorial Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia UNICEF, Florencia, 2005.

KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, 10ª Ed., Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1971.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas*, Tomo I, 1ª Ed., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 1999.

LAGUARDIA, Sandra Morena, *La garantía de Audiencia en la Doctrina de la Sala de lo Constitucional*, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 1990.

MELÉNDEZ, FLORENTIN, *Normas básicas sobre Derechos Humanos*, 2ª Ed., Imprenta Criterio, San Salvador, año 2000.

MELÉNDEZ, Florentín, *Pequeño libro de los Derechos, los deberes y las virtudes*, Editorial Criterio, San Salvador, 2000.

MIZRAHI, Mauricio Luis, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, 1ª Ed. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998.

MOLINA BLANCO, Leticia María y María Luz Gutiérrez Chavarría, *Familia, Niñez y Adolescencia*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, 1ª Ed. San José, 2010.

MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, 1ª Ed. Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.

MORALES, Georgina y Delia MARTÍNEZ, *La garantía del Derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y a ser oídos*, 1ª Ed., Editorial UNICEF, Caracas, 2008.

OVALLE FAVELA, José, *Garantías Constitucionales del Proceso*, 3ª Edición, Editorial Oxford, México, 2007.

PERDOMO, Juan Rafael, y otros, *La garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales. Recopilación de aportes para la formación en el ámbito judicial*, Editorial Gráficas Acea, Caracas, 2008.

PEREIRA, FERNANDO y Oscar MISLE, *Desde el cascarón. La participación de Niños Niñas y adolescentes, un vuelo entre luces y sombras*, 1ª Ed., Editorial El Papagayo, Caracas, 2007.

RIVERA MARQUEZ, Sergio Luis, y otros, *Los delitos de agresión sexual y explotación sexual comercial, de niñas, niños y adolescentes, en la legislación salvadoreña*, 1º Ed, UNICEF El Salvador San Salvador, El Salvador, 2009.

RIVERA MARQUEZ, Sergio Luis, y otros, *El proceso penal con niñez víctima de delito*, 1º Ed, UNICEF El Salvador San Salvador, El Salvador, 2009.

PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, undécima edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2007.

SAGASTUME GEMMELL, Marco A., *Protección Internacional de los derechos de la niñez*, 1ª Ed., Editorial CSUCA, San José, 1997.

SAJÓN, Rafael, *Derecho de menores*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

SALOMÓN, Marcelo J. “La C.D.N. y el Derecho Reglamentario Argentino: En búsqueda de la eficiente protección de la Niñez”, 1ª ed., Alveroni Ediciones. Córdoba, 2010.

SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis Zarraluqui, y otros, *La Conflictividad en los Procesos Familiares: vías jurídicas para su reducción*. Editorial Dykinson, Madrid, España, 2004.

SIMON, Farith, *Derechos de Niñez y adolescencia, De la Convención sobre los Derechos del Niño a las Legislaciones Integrales*. 1ª ed., Cevallos Editorial Jurídica, Quito, 2008.

SIMON, Farith, *Derechos de la Niñez y Adolescencia Tomo II*, 1ª Ed., Ceballos Librería Jurídica, Quito, 2009.

SUAREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia*, 7ª Ed. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998.

TEJEDOR, María Asunción, *El Interés de los Menores en los procesos contenciosos de separación o divorcio*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, Madrid, 2012.

VILLALTA, Georgina, *Entre avances y retrocesos: estudio de la situación de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia en Centro América*. 1998-2005, 1ª Ed., Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 2005.

WEINBERG, Inés M., *Convención Sobre los Derechos del Niño*, 1ª ed., Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

Índice legislativo

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, D.C. N° 38, del 15 de diciembre de 1983, D.O. N° 234, Tomo N° 281, del 16 de diciembre de 1983.

CÓDIGO DE FAMILIA, D.L N° 677, de fecha once de octubre de 1993, D.O. N°231, Tomo N°321, del 13 de diciembre de 1993.

CÓDIGO PENAL, DL N°1030, de fecha 26 de abril 1997, D.O. N° 105, Tomo N° 335, del 10 de junio de 1997.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL, D.L. N°712, de fecha 10 de septiembre de 2008, D.O N° 224, TOMO N° 381, de fecha 27 de noviembre de 2008.

CÓDIGO PROCESAL PENAL, DL. N°733, de fecha 22 de octubre de 2008, D.O. N° 20, Tomo 382, de fecha 30 de enero de 2009.

LEY DEL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA, D.L. N° 536, D.O. N° 30, Tomo N° 342, del 12 de febrero de 1999.

LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, D.L. N° 902, de fecha 28 de noviembre de 1996, D.O. N°241, Tomo N°333, del 20 de diciembre de 1996.

LEY PENAL JUVENIL, D.L. N° 863, del 27 de abril de 1994, publicado en D.O. N° 106, Tomo 323, del 10 de junio de 1994

LEY PROCESAL DE FAMILIA, D.L. N°133, de fecha 20 de septiembre de 1994, D.O. N° 173, Tomo N° 324, del 20 de septiembre de 1994.

LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, D.L. N° 839, de fecha 26 de marzo de 2009, D.O. N° 68, Tomo N°383, de fecha 16 de abril de 2009.

Índice jurisprudencial

Nacional

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, Sentencia de 25-VIII-2010, Inc. 1-2010 Acums., disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv>

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, Sentencia de 17-XII-97, Amp. 117-97, disponible en: www.jurisprudencia.gob.sv

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, Sentencia de 29-XI-1995, Amp. 1-C-94, disponible en: www.jurisprudencia.gob.sv

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, Sentencia de 20-VII-1999, Inc. 5-99, *Revista de Derecho Constitucional*, número 32, Tomo I, Julio-Septiembre de 1999, Centro de Jurisprudencia, C.S.J., El Salvador.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE EL SALVADOR, Sentencia de la Sala de lo Constitucional, 33-A-95, de fecha 22 de enero de 1997, disponible en: www.jurisprudencia.gob.sv

SALA DE LO CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, sentencia 7 R 95, de fecha 17 de octubre de 1996, disponible en: www.jurisprudencia.gob.sv

CAMARA DE FAMILIA DE LA PRIMER SECCIÓN DEL CENTRO, 85-A-2009. Disponible en: www.jurisprudencia.gob.sv

CÁMARA ESPECIALIZADA EN NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE SAN SALVADOR, Sentencia Definitiva número 5/A/SS1/11-1, de fecha 19 de agosto de 2011

TRIBUNAL DE SENTENCIA DE LA UNIÓN, Sentencia Definitiva 268/2009, del 5 de noviembre de 2009.

Internacional

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Sentencia 126/2012, de 18 de junio de 2012, CARRERAS DEL RICÓN, Jorge, *Comentarios a la Doctrina Procesal Civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2002.

SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA, Sentencia 127/2010, de 29 de noviembre de 2010, CARRERAS DEL RICÓN, Jorge, *Comentarios a la Doctrina Procesal Civil del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo*, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2002.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia 12.132 del 1 de marzo de 2005, disponible en: www.corteidh.or.cr

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia 11.383 del 19 de noviembre de 1999, disponible en: www.corteidh.or.cr