

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS
SEMINARIO DE GRADUACION 2011
MAESTRIA JUDICIAL



TEMA:

**“APLICABILIDAD DE LA CONVENCION DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA
SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES Y SU PROCEDIMIENTO EN EL SALVADOR EN
RELACION CON LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
(LEPINA)”**

TESIS PARA OBTENER EL TITULO DE POSGRADO DE:

MAESTRA JUDICIAL

PRESENTA

LICDA. DILCIA NINOSKA HERNANDEZ FLORES

ASESORA

DRA. SANDRA CAROLINA RENDON RIVERA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, MAYO DE 2013.

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

INDICE

ABREVIATURAS	
INTRODUCCION.....	i

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA FAMILIA, LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

1.1 Evolución y desarrollo histórico de la familia	1
1.1.1 La familia en la edad antigua.....	2
1.1.2 La Familia en la edad media.....	12
1.1.3 La Familia en la edad moderna	14
1.1.4 La Familia en la época contemporánea.....	16
1.1.5 La Familia en la postmodernidad.....	17
1.2 Evolución histórica de la autoridad parental	19
1.3 Distintas acepciones de familia	21
1.4 Concepción jurídica de la niñez y adolescencia	24
1.4.1 Modelo Tutelar: Situación irregular del niño, niña y adolescente.....	24
1.4.2 La doctrina de la protección integral.....	26
1.5 Situación de la niñez en El Salvador	31

CAPITULO II

LA FAMILIA Y LA AUTORIDAD PARENTAL

2.1 Importancia de la familia en la Convención sobre los Derechos del Niño.	37
2.2 La familia en la normativa salvadoreña	44
2.3 Autoridad Parental.....	50
2.3.1 Aspectos Generales	51
2.4 Características.....	57
2.5 Titularidad y ejercicio	59
2.6 Las Acciones de privación y suspensión de la autoridad parental.....	63
2.7 De las acciones de extinción, suspensión y pérdida en el código de familia.	64
2.8 El Cuidado Personal:.....	65
2.9 Relaciones de trato.....	73
2.10 Representación legal.....	74

CAPITULO III

NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE SUSTRACCION

3.1 Tratados internacionales en materia de sustracción vigentes en El Salvador	76
3.2 Convención sobre Derechos del Niño	77
3.3. Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	83
3.4 Protección especial frente al traslado y retención ilícitos.....	85

3.5. Casos más frecuentes de la sustracción internacional	89
3.6 Finalidad	91
3.7 Características del traslado o retención ilícitos.....	93
3.8 Definiciones especiales de derecho de custodia y de visitas	99
3.9 Alcance del concepto de residencia habitual	102
3.10 Aspectos relacionados con el niño, niña o adolescente	105

CAPITULO IV

PROCESO DE SUSTRACCION O RETENCION EN LA NORMATIVA SALVADOREÑA Y EL DERECHO COMPARADO

4.1 Autoridades Centrales	106
4.2 La urgencia como requerimiento especial en las actuaciones.....	109
4.3 Solicitud, contenido, formulario y plazos.....	110
4.4 Excepciones para negar la restitución	113
4.5 Procesos judiciales en la ley de protección integral de la niñez y adolescencia.....	115
4.5.1 Proceso general de protección	125
4.5.2 Proceso Abreviado	132
4.6 Análisis de los casos de sustracción Internacional en la jurisdicción de niñez y adolescencia.....	137
4.7 Derecho comparado en el tratamiento de la sustracción internacional.....	148
4.7.1 Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios de sustracción internacional de niños.....	148
4.7.2 República Dominicana.....	155
4.7.3 Ecuador	157
CONCLUSIONES.....	162
BIBLIOGRAFIA.....	166

ABREVIATURAS

Amp.	Amparo
art.(s)	Artículo (s)
C. Pr. C.M	Código Procesal Civil y Mercantil
C.F.	Código de Familia
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CN	Constitución de la República
CNJ	Consejo Nacional de la Judicatura
CONNA	Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia
D.E.	Decreto Ejecutivo
D.L.	Decreto Legislativo
D.O.	Diario Oficial
Inc.	Inconstitucionalidad
ISNA	Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia
JENA	Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia
L.Pr.F.	Ley Procesal de Familia
LEPINA	Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
NNA	niña(s), niño(s) y adolescente(s)
PGR	Procuraduría General de la República
Ref.	Referencia

INTRODUCCION

Las rupturas familiares han constituido desde siempre un drama para los hijos, quienes quedan en situaciones desfavorables, pues, están situados en el centro de los problemas que enfrentan sus padres, lo que se viene a agravar cuando uno de estos decide trasladarse a otro país luego de esa ruptura. Es por ello que nuestro país no es ajeno a esta situación y existiendo en la actualidad un número elevado de connacionales que residen en el extranjero, principalmente en los Estados Unidos, convierten a El Salvador, en un país de destino de esas quiebras familiares.

Las nuevas situaciones sociales y la apertura de las fronteras entre los países ha permitido el traslado de una persona a cualquier estado con extrema facilidad, lo cual se ha visto inmerso en el marco general de niñez y adolescencia lo que no es actual; ya que, el conflicto que se genera cuando uno de los progenitores sustrae o retiene a sus hijos en territorio extranjero, generalmente este fenómeno tiene su fundamento en la violencia intrafamiliar o desacuerdos de pareja que afectan directamente a las niñas, niños y adolescentes.

La estructura familiar en la actualidad ha sufrido cambios sensibles, tanto en su estructura como en su clasificación, así tenemos la familia nuclear, como también en las familias monoparentales, ensambladas o reconstituidas entre otras; lo anterior, ha contribuido al fenómeno de la sustracción o retención ilegal de niñas, niños o adolescentes, ya que el grado de transformación de las familias genera tensiones y conflictos entre los progenitores que pueden traer como consecuencia el fenómeno que enfoca la investigación.

Los desplazamientos o traslados de niñas, niños y adolescentes por regla general se dan entre estados, generados por la problemática arriba descrita lo que ocasiono la preocupación en la comunidad internacional y fue en el año 1976 que Canadá propuso la creación de una organización que se ocupara de darle solución al problema, siendo esta la génesis de la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción Internacional de Menores. El

que entro vigencia en nuestro país a partir del uno de mayo de dos mil uno, obliga a los Tribunales a darle trámite a las solicitudes provenientes de dicho Convenio, con la entrada en vigencia de la Lepina que regula la protección especial frente al traslado y retención ilícito de los niños, niñas y adolescentes en su artículo 43, que prohíbe el traslado y retención ilícita, aún cuando dicha práctica tenga como origen, el ejercicio de la autoridad parental, la guarda y cuidado personal, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país. Expresando además que el estado tomará todas las medidas que sean necesarias para lograr la reintegración familiar del niño, niña o adolescente, que se encuentra en dicha situación y en el marco del Convenio.

En este sentido y en el marco de la entrada en vigencia de la Lepina, esta investigación se vuelve importante primero porque tratará de definir a partir de un análisis del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del Código de Familia, la Ley Procesal de Familia y la misma Lepina que juez debe ser el competente para conocer de las solicitudes provenientes de la misma y cuál es el procedimiento, que se debe seguir ya que, aún con la entrada en vigencia de la misma, esta problemática no fue superada, persistiendo el vacío legal del procedimiento a seguir para dar respuesta a dichas solicitudes; en virtud de que uno de los principios fundamentales en la aplicación de este convenio es la celeridad con que se deben de resolver los casos que sean interpuestos, pero al mismo tiempo se hace indispensable la aplicación de los principios básicos de todo proceso constitucionalmente configurado, como son el principio de defensa, contradicción, igualdad, celeridad, entre otros.

Por lo que el objetivo general planteado en la presente investigación se centro en determinar el procedimiento judicial en los procesos de solicitudes de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes a la luz Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia para evitar la vulneración de los derechos de los mismos. Como objetivos específicos se enmarcaron en determinar cuál es el criterio de los jueces y juezas sobre el procedimiento a seguir para tramitar las solicitudes del Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción

internacional de menores, identificar cuáles son los derechos violentados a niñas, niños y adolescentes sustraídos y retenidos ilícitamente y finalmente determinar las instituciones participantes en la aplicación del convenio como son las autoridades centrales.

El trabajo de investigación realizado desarrolla la aplicabilidad del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en nuestro país; así como las etapas que se dan en el proceso de este tipo según las instituciones que están involucradas, de igual manera determina la autoridad jurisdiccional competente para conocer de las solicitudes de esta naturaleza y bajo que procedimiento se ventilan, para lo cual se delimito la investigación en el análisis de los casos presentados en los Juzgados Especializados de Niños y Adolescencia en los años dos mil once y dos mil doce. Por ello para la presente investigación se utilizó el método descriptivo bibliográfico, recurriendo además a la revisión de expedientes judiciales y a la consultar la doctrinaria que existe sobre el tema de investigación.

A partir de las anteriores afirmaciones y para alcanzar el objetivo propuesto, la investigación se está estructurada en cuatro capítulos. El primero tiene como finalidad analizar la historia de la familia y el rol de sus miembros en las distintas etapas de la historia; este capítulo denominado acepciones y evolución histórica de la familia y de la niñez y adolescencia, dentro del cual se desarrolla la evolución histórica de la familia desde la edad antigua hasta la etapa denominada postmodernidad; de igual manera se desarrolla la evolución histórica de la institución de la autoridad parental, las distintas acepciones de familia y la concepción jurídica de la niñez y adolescencia, desarrollándose los modelos que han dado respuesta a la temática de niñez y adolescencia como son doctrina de la situación irregular y la doctrina de la protección integral finalizando el capítulo con el desarrollo histórico de la situación de la niñez en nuestro país.

En el segundo capítulo tiene como finalidad establecer el marco normativo y doctrinario de la institución de la familia y de la autoridad parental, ya que siendo la familia el medio natural y primario donde se garantiza el desarrollo del niño, niña y adolescente, el respeto de los

derechos del niño y sus intereses, no pueden ser concebidos aisladamente, sino en conexión con su grupo familiar y siendo la autoridad parental el conjunto de derechos, deberes y responsabilidades que tienen la madre y el padre con respecto a sus hijos e hijas menores de edad, para velar y realizar una vida plena e integral. Se inicia el capítulo con la importancia que tiene la familia dentro de la Convención sobre derechos del niño y todo lo relativo a la autoridad parental o modernamente denominada responsabilidad parental, desarrollando sus características, su titularidad y ejercicio, las acciones de privación o pérdida, lo relativo al cuidado personal, las relaciones y trato y la representación legal.

En el tercer capítulo que prácticamente es lo neurálgico de esta investigación, denominado normativa internacional en materia de sustracción, se analizan dos tratados internacionales en materia de familia como son la Convención sobre derechos del niño y el análisis de la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, la protección especial frente al traslado y retención ilícitos, causas más frecuentes de la sustracción o retención, la finalidad del Convenio, las características del traslado y retención ilícitos, definiciones especiales de custodia y visita, lo relativo a la residencia habitual y los aspectos relacionados al niño.

El cuarto capítulo denominado el proceso de sustracción en la normativa salvadoreña, se señala lo relativo a las autoridades centrales, que intervienen en la aplicación del convenio, la urgencia en el procedimiento, la solicitud, su contenido y formularios y las excepciones a la restitución, así como lo relacionado a los procesos judiciales desarrollados en la LEPINA como son el Proceso General de Protección y el Proceso Abreviado, un análisis de casos presentados en los diferentes juzgados especializados de niñez y adolescencia de nuestro país, siguiendo con la legislación comparada de como se aborda esta temática en países como Ecuador y República Dominicana, y el análisis de la Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños.

Finalmente se presentan las conclusiones en la que principalmente se establece que el estado salvadoreño debe adecuar la legislación para crear un procedimiento especial para la aplicación del convenio, para garantizar con ello el goce pleno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DE LA FAMILIA, LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

SUMARIO: 1.1 Evolución y desarrollo histórico de la familia 1.1.1 La familia en la edad antigua 1.1.2 La Familia en la edad media 1.1.3 La familia en la edad moderna 1.1.4 La familia en la época contemporánea 1.1.5 La familia postmoderna 1.2 Evolución histórica de la autoridad parental 1.3 Distintas acepciones de familia 1.4 Concepción jurídica de la niñez y adolescencia 1.4.1 modelo tutelar situación irregular de la niña, niño y adolescente 1.4.2 la doctrina de la protección integral y la familia 1.5 situación de la niñez en El Salvador.

1.1 Evolución y desarrollo histórico de la familia

La familia es y ha sido una de las instituciones sociales que más ha sufrido cambios, desde la familia patriarcal hasta la familia ensamblada de la era moderna, al estudiar su evolución y desarrollo, permite conocer su historia y el rol que cada uno de sus miembros ha tenido en cada etapa de su historia. La familia como fenómeno social es tan antigua como la humanidad misma¹, es necesario tener presente que la familia está y ha estado inmersa en un proceso permanente de cambio; ya que, dentro de esta se nacen y desarrollan los miembros de la familia como los niños, niñas y adolescentes; esta dinámica, es de suma importancia analizarla y al mismo tiempo vincular a la familia, con el papel protagónico de la autoridad parental² y el rol que el niño tiene en cada etapa de su vida.

Dentro de las diferentes transformaciones de la familia a lo largo de la historia, ha sido considerada como núcleo central de la sociedad y además, el medio natural para el crecimiento y desenvolvimiento de cada uno de sus miembros. Al analizar esta evolución de la familia, a lo largo de la historia en el tiempo y espacio, se advierte que la definición y las

¹ SUAREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia, Tomo I*, 7a edición, Editorial Temis, Colombia 1998, p. 4. Se refiere que es consustancial, tiene su origen natural en la conjunción de los sexos, esto significa la no existencia de un papel de sus miembros.

² La autoridad parental o mas modernamente la responsabilidad parental conforme al art. 206 C.F. es: “el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además para que los representen y administren sus bienes. Hijo de familia es el que está sujeto a la autoridad parental.”

características de la familia y su interrelación, ha tenido un avance significativo, produciendo a su vez variaciones en los roles de mujeres y hombres, hijas e hijos.

Es por ello, que la estructura familiar se reconceptualiza, con avances y renovaciones principalmente en los temas concernientes al rol de la mujer y de la familia, así como también a la protección integral de las niñas, niños y adolescentes, lo cual no sólo significa una innovación en la familia sino también en la sociedad, es por ello que, hay que considerar que ambos aspectos están interrelacionados como lo son: El cambio en la sociedad, esto implica una transformación en la familia y viceversa; y es por ello que, que el nuevo concepto de familia involucra también un replanteamiento de las mismas, estableciendo un rompimiento del paradigma tradicional sobre lo que siempre se ha sostenido, como el papel que juega la familia, es decir; visualizar las desigualdades a fin de redefinir los nuevos roles y paradigmas familiares que se deben ir construyendo, para dar paso a la aceptación de una nueva realidad social y jurídica donde se vea una familia homogénea y que cumpla con su rol principal.

1.1.1 La familia en la edad antigua

A partir de las investigaciones sociológicas y antropológicas iniciadas en el siglo XIX se formularon hipótesis sobre la organización y desenvolvimiento de la familia, mediante la observación y análisis de grupos primitivos contemporáneos, y con ello suponer la organización que la familia tuvo en las décadas pasadas, estimando así las distintas etapas de su evolución.³ Se estudia que los grupos familiares no se asentaban sobre relaciones individuales de carácter exclusivo entre determinados sujetos sino, que la relación sexual existía entre todos los hombres y mujeres de una tribu a esto se le denominaba endogamia. En este caso se llegaba a saber quién era la madre de un niño, más no quién era el padre, en esta primera etapa se le conoce como la familia matriarcal, sin olvidar que a partir de ello se estableció una división sexual de clases.

³ BOSSERT Gustavo A. y Eduardo A. ZANONI, *Manual de Derecho de Familia*, Editorial Astrea, 6a edición, Ciudad de Buenos Aires 2005, p.1. Es por ello que muchos aspectos que surgen de dichas investigaciones no se ajusten a la realidad histórica, por eso los criterios diversos de estas teorías.

Con el devenir de las guerras, las carencias de mujeres y una inclinación natural en la vida de los grupos primitivos, hizo que los hombres buscaran relaciones sexuales con mujeres de otras tribus, antes que con las propias, sin carácter de singularidad, lo que dio lugar a lo que se llamó en esta época matrimonio por grupos.⁴ En la evolución de la familia ésta, ha sido considerada de diferentes denominaciones a partir de las restricciones o limitaciones que imponía la tribu al comercio sexual de ahí surgen cuatro tipos de familia:

Familia Consanguínea: se conoce como la primera agrupación familiar, el grupo que se interrelacionaba sexualmente estaba compuesto por individuos de una misma generación, se caracteriza por la prohibición de la relación sexual entre los progenitores y los hijos, permitiendo la unión sexual entre hermanos.⁵

Familia Punalúa: la segunda agrupación familiar, que prohibía el incesto entre progenitores e hijos y entre hermanos. Lo anterior permitió el comercio sexual o comunidad recíproca entre hombres y mujeres, quedando excluidos padres e hijos y hermanos entre sí. Luego se extendió la prohibición a los hermanos lejanos, lo que hoy se llama primos y a las hermanas de los hombres, es decir; a las cuñadas, es aquí donde aparece el llamado matrimonio por grupos. Se excluyó del comercio sexual a los hermanos y hermanas uterinos⁶

Familia Sindiásmica: En esta agrupación las uniones van adquiriendo una cierta conformación semejante a la actual, en esta etapa un hombre vive con sola una mujer, pero de tal suerte

⁴ SUAREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia, Tomo I*, op. cit. p. 2. Según el autor el matrimonio por grupos consistía en: un conjunto de hombres y mujeres que podían unirse indistintamente entre sí, sin establecer vínculo de pareja.

⁵ ENGEL Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y El Estado*, Editorial, Jurídica Salvadoreña, 4a edición, 2007, p. 47. La familia consanguínea que está integrada por personas que descienden de un mismo tronco, los que están unidos por la consanguinidad o el vínculo de sangre. Este tipo de familia ha desaparecido, refiere el autor que ni aún los pueblos más groseros de que habla la historia presenta ejemplos de ella, pero que se ve obligado a admitir que ha debido existir, ello porque en el sistema de parentesco hawaiano existen grados de parentesco consanguíneo que solo han podido nacer con esta forma de familia.

⁶ *Ibidem* p. 49. Los Punalúas cuyo significado es compañeros. Los hombres de una agrupación se unió con las mujeres de otro grupo ambos Punalúas. Y es una forma de limitación en el trato carnal. Posteriormente se prohibió el matrimonio entre hermanos colaterales, es decir los primos carnales, primos segundos y terceros.

que la poligamia y la infidelidad ocasional siguen siendo un derecho para los hombres, aunque por causas económicas la poligamia se observa raramente; al mismo tiempo, se exige la más estricta fidelidad a las mujeres mientras dure la vida común, y su adulterio se castiga cruelmente.⁷ Tanto el hombre con la mujer pueden romper con facilidad los vínculos de la unión, pero la mujer se reservaba el derecho de propiedad de los hijos.⁸

Familia monogámica: Esta última agrupación familiar es una proyección directa de la sindiásmica. Un solo hombre y una sola mujer sostienen relaciones sexuales exclusivas y de ellos deriva la prole que completara el grupo familiar facilitando el ejercicio del poder paterno y debilito el antiguo sistema matriarcal de la familia⁹. En este grupo familiar existe la preocupación de procrear hijos de paternidad cierta. Cada uno de los tipos de familia se caracteriza por las formas de relaciones sexuales que desarrollaban dentro de la tribu.

En los tiempos primitivos los padres e hijos se agrupaban en células numerosas, sometidos a la rígida potestad del jefe de la tribu, de aquí que el origen de la familia se sustenta con la aparición del ser humano. La edad antigua que comprende desde los años 4000 antes de Cristo y 476 después de Cristo,¹⁰ en la cual surgen las civilizaciones y culturas antiguas tales como la de Egipto, Judea, Babilonia, Asiria, Persia, Arabia, Grecia, Roma, Israel, China, e India, en esta época la familia representaba la unidad básica de la civilización.

Egipto: los miembros de las tribus estaban unidos por la consanguinidad. Existió el matrimonio incestuoso para conservar la pureza de la sangre, la familia estaba constituida por el padre, la

⁷ ENGEL Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y El Estado* p. 59. Con esta familia se puede observar que se va adquiriendo una conformación semejante a la actual. El hombre vive con una sola mujer, pero conserva el derecho de serle infiel, lo que para la mujer no es permitido de ninguna manera.

⁸ GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, *Introducción al Derecho de Familia*, Ediciones Librería del Profesional, Colombia 1981, p. 11. Sin embargo, el vínculo conyugal se disuelve con facilidad por una y otra parte, y después, como antes, los hijos sólo pertenecen a la madre.

⁹ BOSSERT, Gustavo A y Eduardo A ZANONI, *Manual de Derecho de Familia*, op. cit. p. 3. La monogamia impuso un orden sexual en la sociedad en beneficio de la prole y del grupo social.

¹⁰ CIURO CALDIANI, Miguel Ángel, *Lecciones de la Historia de la Filosofía del Derecho*, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1383/1595> La Edad antigua el comienzo de la historia misma con el medio de comunicación de la escritura hasta la caída del imperio Romano. Visitada el 05 de septiembre de 2012.

madre y los hijos, la filiación se daba por la vía paterna o materna, razón por la cual los hijos tenían una situación económica relativamente importante. Se les permitía tener acceso a los bienes hereditarios tanto del padre como de la madre y el derecho a heredar de ambas vías. Al morir el marido la madre era el jefe del hogar, siempre que no hubiera un varón adulto en la familia. Los hijos eran una figura importantes en la familia, protegiendo al menor de edad, precautelándole sus derechos y si el primogénito era varón, a la muerte del padre asumía la dirección de la familia. El hijo en la familia egipcia era relevante y esto se debía al papel preponderante que tenía la mujer, en donde las características de la organización familiar eran de notables tendencia matriarcal. El matrimonio era endogámico, los hermanos se casaban entre sí, ya que, consideraban conveniente que las herencias permanecieran en el seno de la familia.¹¹ Todo ello se realizaba para proteger el patrimonio familiar.

En Judea: régimen patriarcal, la filiación se establecía por la vía paterna, la autoridad del padre era ilimitada, por lo que era dueño de personas y bienes. Las guerras en estos pueblos necesitaba el aumento de la población para defensa y el triunfo de las mismas, por lo que se concedía especial importancia a la madre. La organización familiar tenía como fundamento o principios económicos. En este régimen el padre era la suprema autoridad de la familia, disfrutaba el derecho de tener concubinas.¹²

En el caso de Babilonia: estos pueblos que se asentaron sobre la llanura de la baja Mesopotamia, estuvieron regidos por las normas del Código de Hammurabi, este código disponía que la filiación se establece por la vía paterna, la autoridad sobre los hijos la ejerce en forma exclusiva el padre y se castiga severamente cualquier intento de violación sobre los derechos de los infantes. En el aspecto económico los hijos tenían cierta autonomía para

¹¹ AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina, *Lecciones de derecho de Familia*, Editorial Remis, Bogotá, Colombia 1980, p. 21 Se señala por la autora que en Egipto los miembros de las tribus estaban unidos por la consanguinidad, por lo que existió el matrimonio incestuoso todo con la finalidad preservar la pureza de la sangre.

¹² *Ibidem* p. 22. El sistema de la familia en Judea al concederle una especial importancia a la madre, a la mujer estéril se le denigraba lo que era un reflejo del poder absoluto del hombre, por lo que era obligada a estimular al marido a tener concubinas. La virginidad era considerada como algo sagrado, por lo que si al casarse la mujer no era virgen se le daba muerte a latigazos.

constituir su patrimonio propio. De la misma manera se le reconocía capacidad jurídica a la mujer respecto a sus bienes- muebles o inmuebles-, además podía disponer de ellos. Asimismo la mujer al contraer matrimonio recibía dote de su padre, tenía derecho a la parte de la herencia paterna y podía transmitirla a sus hijos. En esta época la esterilidad era tratada con severidad.¹³

Asiria: este pueblo se caracterizó por su espíritu conquistador y violento y su extrema severidad patriarcal, la filiación se establece por la vía paterna, el matrimonio se realiza mediante la venta de la mujer, rechazando a la mujer estéril. El padre ejercía autoridad sin límite sobre sus hijos, quienes carecían de todo derecho mientras formaban parte de la familia, los hijos carecían de derecho de constituir su patrimonio propio.¹⁴ Es decir la familia, la mujer y los hijos, carecían de todos los derechos de libertad, de constitución del patrimonio entre otros.

En Persia: a la organización familiar se le dio un carácter notoriamente comercial. El matrimonio lo arreglaban los padres con la venta de la mujer, a veces desde que nacía. El padre ejercía toda la autoridad sobre sus hijos y la filiación era por la vía paterna. Los hijos no tenían derecho a tener su patrimonio propio. Las madres tenían el derecho de educar a sus hijos hasta los siete años de edad. Los varones pasaban a ser educados por el padre y las niñas por la madre hasta que contraían matrimonio.¹⁵ Claramente en esta organización familiar hay una distribución de la crianza y educación familiar de acuerdo al sexo de los hijos.

Arabia: régimen patriarcal, no obstante, en el Corán¹⁶ se establece un primer intento de autoridad compartida entre los padres. Se le atribuye la tutela de los hijos a la madre. Al padre se le corresponde las obligaciones de suministrarle alimentos, educarlos, administrar sus

¹³ AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina, *Lecciones de derecho de Familia* p. 22. Para ello se dictó la ley de repudio, que consistía en que un tribunal mediante petición del marido alejaba del hogar y de la familia, a la mujer por el motivo de esterilidad o enfermedad.

¹⁴ *Ibidem* p. 22. Interesante en este pueblo que el aborto era castigado con la pena capital.

¹⁵ *Ibidem* p. 23. Las mujeres persas solo podían salir a las calles con un velo que cubría su cara, pues no debía ver a otro hombre diferente a su marido, si no lo hacía así, se castigaba con la muerte.

¹⁶ El Corán: una especie de Biblia escrita por Mahoma, el cual contiene sabios principios que han ejercido notable influencia sobre muchos de los pueblos de la tierra.

bienes y suplir su incapacidad, a la madre le corresponde el cuidado personal y el derecho a decidir sobre el alojamiento, vestuario y régimen de nutrición de sus hijos. La filiación se establece por la línea paterna, la herencia es transmitida tanto por la madre o padre a sus hijos, los hijos pudieron constituir patrimonio propio.¹⁷

Asimismo en Grecia: La célula social fue la gens, la familia tenía una organización patriarcal, siendo el padre quien ejercía la máxima autoridad, a la mujer se le consideraba como un ser inferior, no tenía ninguna clase de derechos y su educación se limitaba solo a enseñarle a leer y escribir. Los hijos establecían su filiación por la vía paterna, el derecho del padre se extendía hasta disponer de la vida de sus hijos, el padre dejaba a su hija recién nacida expuesta en cualquier lugar para que la recogiera quien quisiera, lo que se conocía como exposición. El matrimonio era un medio de hacer arreglos políticos o con sentido de comercio, vendiéndose a la mujer a temprana edad, las esposas e hijos legítimos competían con los nacidos de relaciones extramatrimoniales en todos sus derechos, inclusive el de llevar el nombre del padre, los hijos no tenían derecho a formar patrimonio propio, pues todos los bienes eran propiedad del jefe, ejerciendo dominio absoluto sobre las personas y los bienes. Tanto hombres como mujeres permanecían bajo la guarda de las madres hasta los siete años, pero a esa edad los hombres pasaban a ser educados por el padre.¹⁸

En Grecia, para designar a la familia, "*su antigua lengua, tenía una palabra particularmente expresiva epistion, vocablo que significaba literalmente lo que se halla junto al hogar. La familia estaba constituida por un grupo de personas cuya religión permitía invocar el mismo Dios y ofrecer comida fúnebre a sus antepasados comunes.*"¹⁹

¹⁷ AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina, *Lecciones de derecho de Familia*, p. 23. En el derecho árabe existe la institución de la hadana, que desde el punto de vista jurídico se puede definir como el primer intento de establecer el sistema de autoridad compartida de los padres.

¹⁸ *Ibídem* p. 24. Los griegos se caracterizaron por el espíritu guerrero de sus hombres y la barbarie y depravación de sus costumbres. En este pueblo la prostitución se expandió entre las mujeres solteras y el adulterio en las casadas.

¹⁹ FUSTEL DE COULANGES, Numa D., citado por Roberto SUAREZ FRANCO, en *Derecho de Familia, Tomo I, op.cit.* p. 6. Es decir que se caracterizaba por una cohesión existente entre sus integrantes, quienes comulgaban un mismo culto a sus antepasados.

Para los griegos la patria potestad estaba subordinada a la ciudad, por lo que el niño pertenecía a la ciudad, y por lo que esta exigía una adecuada educación para que luego sirviera a la comunidad con eficacia. En Grecia el infanticidio que era ejecutado por el padre tenía como fundamento el derecho de aceptar al nacido o rechazarlo, así se eliminaba si era una niña, si tenía incapacidades o mal formaciones.²⁰

En Roma: el sistema de organización de la familia se halla en la *Ley de Las Doce Tablas*,²¹ según esta Ley la familia estaba organizada en dos sentidos diferentes: la familia *cognada* y la familia *agnada*. La primera la integraban personas unidas mediante lazos sanguíneos o parentesco, por la naturaleza sujeta a la autoridad de un jefe único, conocido con el nombre de *pater familiae*; y la familia *agnada* en cambio la constituían las personas unidas entre sí por parentesco civil. Había dos clases de personas las *alieni juris* y las *sui juris*, las primeras estaban sometidas a la autoridad de otro y dependían en consecuencia de otras personas, las segundas no estaban sometidas a nadie, es decir dependían de ellos mismos.

Para los romanos la familia no era una sociedad afectuosa sino un grupo sometido a los rigores de la política.²² La palabra familia *famulus* comprendía diversos significados entre los que se pueden mencionar 1) conjunto de personas unidas entre sí por vínculos de agnación, 2) células formada por individuos colocados bajo la potestad del *pater familia*, o bajo su patria

²⁰ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho de Familia*, 3a Edición, Editorial Temis, Santa Fe, Bogotá. Colombia, 1993, pp. 106-110. El régimen patriarcal era absoluto, hasta para decidir sobre la vida de sus hijos, eliminándolos si era una niña.

²¹ AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina, *Lecciones de derecho de Familia*, op. cit. pp. 224-25. La historia cuenta que hacia el año 301 a. de C. tres patricios romanos fueron enviados a Grecia, especialmente a Atenas, para que estudiaran las costumbres y las leyes que allí regían. Al cabo de tres años regresaron con detallada información, y se emprendió la gran tarea de elaborar, sistematizar y escribir las leyes para Roma. El trabajo fue confiado a un grupo selecto de magistrados, quienes después de un año, entregaron las leyes que regirían en Roma, las que fueron escritas en diez tablas. Al parecer quedaron algunos aspectos sin reglamentar, por lo que se elaboraron dos nuevas tablas. Completando de esta manera lo que se conoce como la Ley de las Doce Tablas.

²² CHAVEZ ASECIO, Manuel F., *La familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones jurídicas familiares* Editorial Porrúa S.A. México 1990, p. 36. Esto es así porque la familia Romana era eminentemente patriarcal, se consideraba que el matrimonio debería de ser considerado como el sacrificio de un deber particular a un deber público.

potestad o *manus*; 3) individuos que tenían su origen común por descendencia del mismo tronco; 4) el mismo patrimonio de la persona; 5) los esclavos pertenecientes a una persona.²³

Dentro de los *alieni juris* existen cuatro clases de autoridad: 1º) la del señor sobre el esclavo, 2º) la del padre sobre el hijo o *patria potestad*, 3º) la del marido sobre la mujer, o *manus* y 4º) la transferencia de una persona libre a otra igual, de la autoridad que ejercía sobre un ser que no tenía el atributo de la libertad.²⁴ El *pater familiae* es *sui juris*, lo que significa que tiene derecho a un patrimonio y ejerce sobre la familia las cuatro clases de autoridad. Cuando muere el *pater familiae* en la familia *cognada*, los hijos mayores se convierten en jefes de nuevas familias y adquieren la calidad de *sui juris*, como también los derechos de tutela, curatela y sucesión. La autoridad la ejercía el jefe de familia sobre los descendientes por la vía masculina y además sobre los que formaba la familia civil o *agnada*.

Este sistema patriarcal se caracteriza: 1º) El interés y la autoridad del jefe de familia por encima de la defensa de los derechos del hijo, 2º) los derechos de patria potestad no implican el sentimiento de obligación, 3º) La autoridad no se modifica, aunque se desarrollaran las facultades de las personas que estaban sometidas. Ni por la edad, ni por el matrimonio se liberan de la autoridad, 4º) la patria potestad la ejerce el *pater familiae*, aunque fuera el padre o el abuelo. 5º) la madre no podía ejercerla patria potestad, 6º) la patria potestad concedía derechos absolutos análogos a los del amo con el esclavo, 7º) la patria potestad se ejercía simultáneamente con respecto a las personas y a los bienes y 8º) el derecho sobre la persona se extendía aún a darle muerte al hijo, a manciparlo a un tercero o abandonarlo.

²³ SUAREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia, Tomo I*, op. cit. p. 6. Estos entre otros son los significados de la palabra familia para los romanos.

²⁴ AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina, *Lecciones de derecho de Familia*, op. cit. p. 25. Esto se conoció con el nombre de mancipium, que significaba la autoridad que puede ejercer un hombre libre sobre otra persona libre también.

Es por ello que en Roma, el jefe de familia podía matar o hacer matar a su hijo.²⁵, en esta ciudad imperaba la idea que el padre era el responsable de la vida del niño. La familia en Roma se presentaba como un organismo político donde la patria potestad era un poder, y no un deber. Luego al evolucionar esta Institución empiezan a acreditarse las obligaciones, restringiendo las facultades y es cuando comienza a concebirse la patria potestad como un *officium*, lo que se conoce como un deber de protección y asistencia.

En la época de Justiniano se introdujeron reformas al régimen familiar, como la identificación de los derechos de los agnados y de los cognados, la adquisición de derechos sucesorios de los hijos y la concesión de prerrogativas a la mujer in manus mariti. Al *paterfamilia* se le recortan los poderes ya que le suprimen los atributos de sacerdote y magistrado que le pertenecían por derecho.²⁶

Al morir el *paterfamilia* el grupo familiar se dividía en tantas familias que correspondía al número de individuos sometidos al jefe, pero conservaban el *nomen gentilicium*, integrándose de este modo a la familia *agnatarum communi iure* o familia en sentido amplio, las que al formar otras familia al cabo del tiempo era lo que se conocía como la gens.²⁷

En Israel: la fuente inspiradora de la Ley de Israel se encuentra en los diez mandamientos, refiriéndose a la familia el quinto y séptimo; el quinto la santifica y establece que después del templo, representa el elemento esencial de la estructura social israelí. La familia hebrea tuvo un régimen estrictamente patriarcal. La familia la constituye el padre, la madre y los hijos solteros y casados y la descendencia de estos. La autoridad paterna era ilimitada, el padre era dueño absoluto de la persona y de los bienes de sus hijos, quienes debían obedecerle ciegamente para poder gozar de los beneficios que se derivan de ese poder. El padre decidía

²⁵ AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina, *Lecciones de derecho de Familia*, p. 26. Los castigos los extremaba hasta la crueldad, aun hasta por faltas leves, lo castigaba con la pena de muerte.

²⁶ SUAREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia, Tomo I*, op. cit. p. 7. En esta época el régimen familiar sufre reformas para dar paso a la identificación de derechos a los demás miembros de la familia, disminuyéndole en consecuencia los poderes del *paterfamilia*.

²⁷ SUAREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia, Tomo I*, op. cit. p.7. Las gens era la institución de la Antigua Roma que agrupaba a un conjunto de familias en torno a un mismo nomen, que en teoría indicaría la presencia de un antepasado común a todas ellas.

sobre el matrimonio de los hijos. La mujer estuvo investida de autoridad, dignidad y respeto su mayor atributo era la maternidad y debía obediencia al marido. Existió la primogenitura. Se prohibió el adulterio y el incesto.²⁸

En cuanto a China: el padre ejerce la patria potestad y solo esporádicamente puede ejercer este derecho la madre, este es un régimen patriarcal, en donde existía absoluto poder del padre sobre los hijos, la familia se organiza con un sentido comunitario. La familia la componen grupos de personas emparentadas entre sí, por consanguinidad, matrimonio o adopción. La autoridad reside en principios religiosos y prevalece el culto a los antepasados.²⁹

En India: la familia fue una unidad, económica, religiosa y social constituida por un grupo familiar extenso, al llegar a la edad adulta los hijos se casan, pero no abandonan el hogar paterno y las mujeres al casarse se convierten en miembros de la familia del marido. El padre y la madre tiene autoridad pero el varón de más edad es la cabeza de familia. Las propiedades y los recursos se comparten entre todos, la familia se desenvuelve en un régimen eminentemente patriarcal.

El cristianismo tuvo una influencia en la vida familiar y es a partir de Constantino³⁰, que se adjudicó una verdadera concepción humana a la familia, la autoridad del padre cabeza de familia, evoluciono hacia el contenido de deber que se cumpliría dentro del sentimiento de amor y respeto para con la esposa y afección por los hijos. Se modificó a la concepción de hijo y se le da un valor y un significado a los hijos por lo que la familia partir de ahí será contemplada en función de los hijos.

²⁸ AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina, *Lecciones de derecho de Familia op. cit.* p. 28. En esta organización familiar la religión es un elemento importante, por lo que se basa en el estudio profundo de la Biblia.

²⁹ *Ibidem* p. 29. Para los chinos el matrimonio en su legislación se consagraron principios claros de superación, los padres eligen al esposo o esposa de su hijo o hija no existiendo libre voluntad para contraerlo, siendo impuesto por razones de interés común.

³⁰ SUAREZ FRANCO, Roberto, *op. cit.* p.7. Constantino, quien fuera el primer emperador Cristiano.

1.1.2 La familia en la edad media

Comprendida desde el año 476 hasta 1453,³¹ la familia fue un organismo económico que tenía como fin primordial autoabastecerse o denominadas económicas domésticas, sembraba y cosechaba sus propios alimentos. En esta época se encontraban familias de agricultores, artesanos, herreros, etc., las que para hacer un mayor número de productos requerían de mayor mano de obra.³²

En esta época la familia se representa como un organismo de ética muy elevado y como un núcleo social fuertemente constituido. Esto a partir de la influencia de la doctrina cristiana, del derecho canónico, que se fundaba en la indisolubilidad del matrimonio, en la asociación y el respeto mutuo que debe reinar entre los conyugues, así como en la autoridad racional que debe reinar del esposo sobre la esposa e hijos.³³

La potestad del marido sobre la esposa (potestad marital) adquirió un contenido tutelar tanto en el campo personal como patrimonial, aunque este hecho menoscabara la influencia de la mujer en la familia, ya que ella continuaba siendo la dueña y organizadora de la casa. La patria potestad, que era entendida por los romanos como fuente de poder y casi ilimitado en la cabeza del paterfamilias sobre la persona y bienes de sus hijos, adquirió una esencialidad más humana, en el sentido que ya no era el padre que dotado de todo poder absoluto lo dominaba todo, sino la persona que ejerce una función en beneficio de sus hijos, es decir que aquí se acentuó la concepción del deber a diferencia de la época antigua que se destacaba el derecho.

³¹ CIUDURO CALDANI Miguel Ángel, *Lecciones de la Historia de la Filosofía el Derecho, Edad Media. Edad Moderna. (Historia Jusfilosófica de la Jusfilosofía)* Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, argentina 1993 p. 5. La Edad Media de la cultura eurocéntrica occidental comienza con la caída del imperio Romano y concluye con la Caída de Constantinopla.

³² CHAVEZ ASECIO, Manuel F., *La familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones jurídicas familiares, op. cit. p. 43.* Al requerir mayor mano de obra conllevó que se incrementaran la familia a través de la procreación de numerosos hijos.

³³ SUAREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia, Tomo I, op. cit. p. 8.* Fue la influencia de la doctrina cristiana que hizo de la familia ser considerada una institución fuertemente constituida.

El ejercicio de la patria potestad se le atribuía con exclusividad al padre, aunque con el correr del tiempo se extendió a la madre, pero solo para casos o circunstancias especiales. En esta época los niños se encontraban expuestos al abandono o la muerte. El infanticidio era una práctica tolerada. Los hijos de las mujeres de la clase dominante eran cuidados por alguien que usualmente vivía en el campo y eran conocidas como las ama de leche, estas se encargaban de educarlos y alimentarlos durante los primeros años de vida.³⁴

Los hijos de las madres de las clases populares eran cuidados por la madre, quien a su vez cuidaba al hijo de una familia rica, crecía en una familia numerosa y eran colocados como sirvientes o aprendiz desde los siete u ocho años.³⁵ El estado monárquico, fortaleció el derecho paterno de corrección, aunque se tomaron medidas para suavizar el derecho de encierro, asimismo la obediencia era una virtud del absolutismo político influyendo en la dependencia y sumisión de los hijos al padre, quien buscaba el bienestar de los hijos al castigarlos. San Agustín, representante de la teología religiosa, sostuvo que la naturaleza del niño era corrupta por lo que la tarea de corrección era costosa; es por ello, que para él la educación debía ser dura con los niños, porque al ser un ser maligno era necesario salvarlo del pecado, para esta teología los niños carecían de razón y juicio.

En esta época el niño era considerado y tratado como un adulto pequeño, lo que generaba una ausencia de un sentimiento de la infancia. No se podía diferenciar del adulto porque no tenía ropas especiales ni juguetes y estaban destinados a crecer en una posición socialmente determinada. La sociedad medieval no se preocupó por crear recursos especiales para la educación del niño. Es decir que se observaba a los niños mezclados y confundidos con los

³⁴ GROSMAN, Cecilia y Otros, *Monografía de los Derechos del Niño*, Editorial Universidad de Madrid, Madrid, España, 2001, p. 65. Como los niños eran cuidados por nodrizas y sirvientas domésticas conocían a sus madres años mas tarde.

³⁵ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, 4º Edición, Editorial Porrúa S.A. Ciudad de México, México, 1990, pp. 210-215. Por esta razón en esta época los niños eran visto como un estorbo, una desgracia o una carga insoportable.

adultos y compartiendo sus trabajos, juegos y preocupaciones³⁶. Se desconoció entonces la transición del mundo de los niños a los adultos, no se pasaba por las etapas de la infancia y la juventud. En esta época no hubo interés moral, ni educativo por el niño. No existió la preocupación moderna por los problemas de la infancia.³⁷

La familia medieval inglesa del siglo XV (año 1440) retenía a los niños hasta las nueve o diez años en la casa, luego eran colocados en casas de otras personas como sirvientes, durante un periodo de siete a nueve años cumpliendo oficios domésticos, por lo que la escuela no existía para este tipo de vida.

1.1.3 La familia en la edad moderna

Esta etapa abarca de los años 1452 a 1789,³⁸ comprende del siglo XV al siglo XVIII. En el renacimiento cambia estos caracteres de familia y es el siglo XVII cuando el movimiento filosófico de la ilustración inicia en Francia una renovación radical de su filosofía. Con el Código de Napoleón predominó la concepción familiar de manera liberal dando pie a que se estableciera la disolución del vínculo matrimonial, aunque dejó de lado muchas de las exageraciones revolucionarias, no pudo sustraerse de las influencias individualistas disociadora predominante en la época.

Durante los siglos XVII y XVIII se da una transformación tanto el niño como la familia por lo que ocupan un nuevo espacio, saliendo el niño del anonimato medieval.³⁹ Se mantiene el carácter monogámico del matrimonio, se impone el matrimonio civil con el consiguiente establecimiento del divorcio vincular, que significa el rompimiento legal del vínculo

³⁶ Dolto, *La causa de los niños*, Bergoglio, La familia, citado por Mauricio Luis MIZRAHI *Familia matrimonio y Divorcio*, Editorial Astrea Buenos Aires 1998. p. 109. La época medieval se caracterizó por no tener un sentimiento propio hacia la infancia.

³⁷ ARIÉS Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, p. 10, 57, 434 y 540, citado por Luis Mauricio MIZRAHI *Familia matrimonio y Divorcio op. cit.* p. 110. Una vez más queda claro que el niño no era visible en esta época, y esto es lo que rescata el autor.

³⁸ CIUDURO CALDANI, Miguel Ángel, *op. cit.* p. 72. La edad moderna inicia con la caída del imperio romano y la revolución francesa.

³⁹ MIZRAHI, Luis Mauricio, *Familia matrimonio y Divorcio*, *op. cit.* p. 114. Es en este momento que la conciencia por la niñez empieza a formarse.

matrimonial. Por lo que muchas concepciones legales tradiciones establecían que se estaba atentando contra los principios de la unidad familiar. Se sustituyen la trascendencia de las ceremonias religiosas reemplazándolas ante la manifestación de voluntad de un funcionario del Estado (matrimonio civil) constituido con las formalidades y solemnidades establecidas.

Cesa la confusión del adulto con el niño, en cuanto a su vestimenta por ejemplo, este usa ropa adecuada a su edad, es decir que se impone en el mundo occidental la infancia de larga duración⁴⁰. Es decir en términos generales se puede determinar que la familia en esta época se organiza en torno al niño, aparece el amor como elemento trascendental entre las relaciones entre padres e hijos. Es por ello que la procreación significaba para el matrimonio alegría, los padres son más responsables de la felicidad y desdicha de estos.⁴¹

En el siglo XVIII el movimiento iluminista con su máximo representante Juan Jacobo Rousseau, en su publicación *Emilio* en 1782, le dio un valor absoluto a la personalidad del niño con significado de autenticidad y autonomía, se le considera como sujeto de exigencias de un modo de vida que presenta un ritmo de desarrollo propio y particular.⁴² Esta obra imprime un impulso una tendencia a la familia moderna, ya que el núcleo familiar comienza a reflejarse sobre el niño que se convierte en el centro de ocupación. Concretándose la limitación del poder paternal de superioridad y corrección sobre sus hijos, a la necesidad del mismo niño por su condición de incapaz de velar por su propia conservación. Este no es un derecho sino un beneficio para el niño.

⁴⁰ ARIÉS Philippe El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen, citado por Luis Mauricio Mizrahi *Familia matrimonio y Divorcio*, op. cit. p. 114. Una de las características propias que diferencias a los niños de los adultos en su vestimenta y esta es un claro ejemplo de los cambios en la época medieval tal y como lo señala el autor.

⁴¹ BAÍS, Abraham, *Menores Delincuentes*, 3a Edición, Editoriales Navarrete, Caracas, Venezuela, 1994, p. 20. Al hacer responsable a los padres por la felicidad o desdicha de los hijos se puede afirmar que es el reconocimiento de lo que hoy llamamos competencias parentales.

⁴² MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, op. cit. p. 180. El iluminismo fue un movimiento heterogéneo dentro de sus principales características fue la creencia en la razón y en la racionalidad humana, la creencia que tanto sociedades como individuos progresan en un sentido de mayor perfectibilidad, utilización del principio de causalidad, los principios y las leyes gobiernan la naturaleza, el hombre y la sociedad, desafían la autoridad y rechazan la tradición.

En el contrato social de Rousseau, se entendía que los hijos solo estaban ligados a los padres durante el tiempo que los necesitaban para su conservación, por lo que cuando el niño dejaba de ser un adulto en miniatura y se convertía en sujeto de formación.⁴³ En su obra Emilio trata el tema sobre la educación a los niños, la que era imprescindible para lograr el nuevo “estado social del hombre” para evitar que los niños perdieran la inocencia y bondad natural con la que nacieron. Su idea principal es que el niño es un ser sustancialmente diferente al adulto y sujeto a sus propias leyes y evolución, no es un animal ni un hombre es un niño. En relación al poder paternal, se consideraba que no era un derecho, sino un beneficio del niño, ya que a pesar que los padres tienen el derecho de superioridad y corrección sobre sus hijos, este derecho está limitado por las necesidades del mismo, incapaz de velar por su propia conservación.

1.1.4 La familia en la época contemporánea

Esta época contemporánea se inicia a partir de la revolución francesa⁴⁴ y finaliza con la segunda guerra mundial, el pensamiento Cristiano dejó huella profunda, pero con la revolución francesa se dio un paso atrás al quitarle al matrimonio su carácter religioso y conceptualarlo como un contrato; considerándose como simple manifestación de consentimiento, con esto se mina la principal fuente de la familia, ello se debió a la conceptualización de los derechos humanos, la igualdad, la seguridad jurídica entre otros.

El principio de libertad fue el que llevó a los revolucionarios a permitir la disolución del matrimonio; y el principio de igualdad que había una familia natural y una legítima. Respecto a la autoridad parental se pensó que el tribunal de familia y en un juez para resolver sobre la

⁴³ MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, op. cit. p. 181. Entendiéndose que el mismo ya era un sujeto potencial.

⁴⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Historia de la Filosofía del Derecho*, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1384/1596> visitada el 04 de septiembre de 2012. El acontecimiento que da inicio a la época contemporánea es la revolución francesa en donde un hecho trascendental fue quitarle al matrimonio su arraigo religioso que venía conservando desde la época medieval. El autor señala que Tal vez, eligiendo el acontecimiento más representativo, la conclusión se haya producido con el estallido de la Bomba atómica lanzada en Hiroshima el seis de agosto de 1945.

discrepancia entre el padre y el hijo, además de otros proyectos en los que confiaba la educación de los hijos al Estado. Producto de la revolución francesa fue el código de Napoleón, que fue una combinación entre el derecho antiguo y el revolucionario, en este sentido se puede afirmar que el Código Civil salvadoreño que data de 1860 desarrolla esta filosofía.

La institución familiar experimentó una transformación sin precedentes, como consecuencia útil de la revolución industrial, se desorganizó la familia tradicional europea, ya que se produjo una migración de la población campesina a los centros urbanos; la mujer abandonó las tareas domésticas para trabajar en fábricas y talleres, y también los niños debieron trabajar desde temprana edad, lo cual afectó la educación y vigilancia paternas.

El matrimonio y el concubinato, este último es la conformación de la familia sin contraer matrimonio, se consideraron formas de unión aceptables, se propició la equiparación jurídica de los hijos extramatrimoniales con los matrimoniales, así como la de marido y mujer, y la disminución del poder de los padres respecto de los hijos. Se disminuyeron las costumbres y eso contribuyó a la miseria y la promiscuidad, los principios morales fueron sustituidos paulatinamente por ideas estrictamente utilitarias, la religión cayó en desuso.⁴⁵

1.1.5 La familia en la postmodernidad

A partir del fin de la segunda guerra mundial, se ha iniciado un nuevo período de la historia, denominado la postmodernidad⁴⁶. A partir de la segunda mitad del siglo XX en Occidente se

⁴⁵ LOPEZ HERRERA, Francisco, *Derecho de Familia*, Tomo I, 2a Edición (actualizada) Caracas Universidad Católica Andrés Bello 2005, p. 42. Es interesante como el autor refiere que al relajarse las costumbres de la sociedad esto contribuyó a la miseria y la promiscuidad, lo que significaba que si se hubiese mantenido el régimen, no hubiese alterado el sistema.

⁴⁶ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, “Panorama Trialista de la Filosofía en la Postmodernidad” en *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social No. 19* Rosario, Argentina, 1995. p. 9.

evidencia el debilitamiento de los valores que se presentaron en la edad moderna o quizá una mutación de los valores donde se les asigna un significado distinto⁴⁷.

En el siglo XXI hay un marcado cambio de la concepción de familia, que imperó hasta aproximadamente mediados del siglo pasado, las transformaciones que se dan en los campos social, político, económico y cultural, inciden en el contexto jurídico que requiere ser adecuado a los nuevos paradigmas de las relaciones familiares.⁴⁸ Se presenta como una sociedad posindustrial, organización fundada en el sector de servicios y no en la producción de mercancías, es decir; en el consumismo por la ventaja de la tecnología, en este período se resalta como valor principal el culto a la realización personal en la que cada ser humano puede escoger libremente su modo de existencia.

La familia en la posmodernidad representa la crisis del estilo de vida conyugal tradicional, de naturaleza patriarcal típica, que existió hasta la primera mitad del siglo XX.⁴⁹ Lo que se da en llamar la democratización de la familia nuclear, que es el reemplazo del modelo jerárquico de subordinación, en la que los roles que se asignaban a cada miembro de la familia pasan a tomar un modelo de corte igualitario y asociativo.

La mujer pasa de tener un rol doméstico para incorporarse a la vida laboral y profesional con un rol en la vida pública. Es aquí donde el quiebre de los roles tradicionales de los cónyuges y los hijos, dando inicio a la coordinación y horizontalidad entre los cónyuges. La familia actual

⁴⁷ MIZRAHI, Luis Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, op. cit. 61. El autor señala que se coincide que no se trata de un período de cambio de estilos, sino que el corte es de naturaleza más fundamental. Expresa que se trata de la ruptura de una sociedad disciplinaria y coercitiva estructurada, quizá una segunda revolución individualista, como señala el autor el paso del individualismo limitado de la modernidad al individualismo total de esta época. Es decir que al reemplazar las reglas disciplinarias permiten ingresar en organizaciones más flexibles y abiertas en las que se da espacio para la persuasión y seducción.

⁴⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 1999. Los nuevos paradigmas de las relaciones familiares son determinantes en la formación actual de la niñez ya que este les influye directamente por ser estos la parte más débil en las relaciones familiares.

⁴⁹ MIZRAHI, Luis Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, op. cit. p. 65. Claro está, que al desaparecer el corte autoritario, se entra a un nuevo modelo de familia, lo que vino a contribuirlo fue el rol de la mujer en la familia y su incorporación a la vida laboral, su independización.

es diversa lo cual es reflejo de una sociedad multidimensional, como consecuencia de estas transformaciones se hace obligatorio que la familia se adapte a este tipo de cambios de esta época como son: La crisis del estilo de la familia conyugal tradicional, la distinta valoración del individuo y sus necesidades, ya que en una sociedad tan exigente, ha pasado de ser el lugar donde se cobijaba a los hijos a ser el lugar donde se les dé la oportunidad a sus miembros de desarrollarse de manera adecuada; la democratización de la familia nuclear, la reducción de las autoridades familiares, la crisis del matrimonio y el auge de las uniones de hecho, el aumento de divorcios.

En este orden de ideas se pueden mencionar en esta época cambios sociales y científicos, sufridos por la familia, como: la liberación femenina, liberación sexual, reconocimiento de uniones de personas del mismo sexo, aplicación de métodos de procreación asistida, y los avances en materia de identificación genética como la comprobación de ADN.

1.2 Evolución histórica de la autoridad parental

En el derecho antiguo la patria potestad significaba un privilegio, una facultad, un poder a favor del padre, no así a favor de la madre quien no podía ejercer este derecho, era vitalicio y no se extinguía por la mayoría de edad, ni el matrimonio.

En Roma se ejercía la patria potestad no solo con los menores sino con los miembros de la familia, ya fueran estos menores o mayores y solo bastaba el parentesco. El padre de esta época podía abandonar al hijo como si fuera un esclavo o una cosa, podía venderlo, recuperarlo, volverlo a vender o inclusive reivindicarlo, podía también castigarlo y sus adquisiciones patrimoniales pasaban al padre.⁵⁰

En el derecho consuetudinario francés, no se reconocía como en las demás legislaciones la patria potestad, donde se exigía la misma con un poder inflexible y rígido, lo cual era

⁵⁰ CALDERON DE BUITRAGO, Anita y otros, *Manual de Derecho de Familia*, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 2a. Edición 1995 p. 588. Es decir que el padre tenía amplia facultades para poder decidir sobre sus hijos.

tradicional en el primitivo derecho romano, sino que existía la tutela atribuido a los padres, condicionándola con mas deberes que derechos y por ende se ejercía la autoridad parental en interés de la familia y de los hijos.⁵¹

En el derecho germánico se concebía la patria potestad como un derecho y deber ante la protección del hijo, como parte de una protección mas general proyectada hacia todo el grupo familiar, se evidenciaba además una participación materna, no solo por serle atribuida la patria potestad en defecto del padre, sino, para reconocerle deberes y derechos durante el ejercicio de la patria potestad.

En la Revolución Francesa se abolió la patria potestad tal como se concebía en el Derecho Romano, suprimiendo muchas de las facultades del poder paterno y singularmente el usufructo concedido a los padres sobre el usufructo de los bienes de sus hijos menores que cesaría a la mayoría de edad del hijo y se impuso el control con la creación de los Tribunales de Familia.

En el código de Napoleón de 1804 a pesar de afirmar que la patria potestad constituía una protección a favor del hijo, consagro los poderes del padre, atribuyéndole en principio el ejercicio de múltiples derechos y establecía a su favor y en defecto a favor de la madre, el derecho de usufructo legal, creyendo compensar con esto los deberes de cuidado y administración. Este código Napoleónico proclamó la patria potestad, suprimió los Tribunales de Familia, rehusó el control judicial y la decadencia posible de la patria potestad del padre sobre los hijos.

En el derecho moderno la patria potestad, denominada en la doctrina y legislación como autoridad parental,⁵² no sólo ha reducido su ámbito de aplicación hasta obtener la mayoría de

⁵¹ FERNANDEZ CLERIGO, Luis, *El Derecho de Familia en la legislación comparada*, Editorial Uteha, México-Argentina 1947, p. 277. En Francia se concebía la patria potestad, de una manera más democrática alejándose de la concepción del poder que regía en el derecho Romano.

⁵² CALDERON DE BUITRAGO, Anita, y otros *Manual de Derecho de Familia*, op. cit. p. 589. Se puede entender que en la actualidad hay más deberes que cumplir como parte de la autoridad parental y todo en beneficio del interés de los hijos sometidos a la misma.

edad o emancipación de los hijos, sino que ha evolucionado radicalmente, transformándose de un poder absoluto de carácter eminentemente privado establecido en beneficio del padre en una función tuitiva de carácter social y casi pública en beneficio de los hijos menores de edad sometidas al control de autoridades estatales, para garantizar los derechos de los menores y de los bienes que les pertenecen.

1.3 Distintas acepciones de familia

La dinámica sociofamiliar moderna ha generado por los cambios estructurales de las sociedades modernas lo que ha conllevado a que se imponga nuevas formas de relaciones familiares,⁵³ tales como: familias monoparentales, familias ampliadas, del mismo sexo, etc. ello sin menoscabar que la familia tradicional -padre, madre e hijos- continúa siendo el paradigma a la cual se aspira. Entre las diferentes formas familiares en las sociedades modernas encontramos las siguientes:

Familia matrimonial: Esta es consecuencia de un vínculo legal o religioso, contraído por una pareja. En El Salvador, se hace referencia a una pareja heterosexual, pero en otros países ya ha sido aprobado el vínculo legal en las parejas homosexual. Este tipo de familia, es la protegida por las leyes, para el caso de nuestro país se reconoce a la misma desde la Constitución de la República y es el Código de Familia donde se encuentra regulado tanto sus efectos personales y patrimoniales, como también la protección integral de hijos e hijas menores de edad.

Familia extramatrimonial: Consecuencia de una situación de hecho entre una pareja (heterosexual u homosexual), en este tipo de familia hay una aparente inexistencia de vínculo legal o religioso y pueden estar referidas a uniones estables o casuales, temporales o fugaces. En nuestro país están reconocidas las uniones de hecho denominadas uniones no

⁵³ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “*Jusfilosofía del Derecho de Familia en la Postmodernidad*”, en *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social No. 29* Rosario, Argentina 1997. p. 21. Estas son algunas formas de familia, el autor señala que dependiendo del tipo de sociedad podrían existir otras formas de familia.

matrimoniales y su regulación de efectos patrimoniales. Y por el principio de unidad de filiación están desarrolladas la protección integral de hijos e hijas menores de edad.

Familia monoparental: Surge como consecuencia de múltiples supuestos: maternidad o paternidad biológica o adoptiva en solitario; viudez por la muerte de un cónyuge o una pareja de hecho; separación, divorcio o nulidad del matrimonio; ruptura de la unión estable de hecho. Este tipo de familias principalmente está a cargo de mujeres. Es por ello que en estas relaciones con frecuencia adquieren importancia en la dinámica familiar, con otros miembros familiares como los abuelos y los tíos.⁵⁴

Es de suma importancia la circunstancia que origina este tipo de familias, como por ejemplo para el diseño de políticas sociales y planes de apoyo a la monoparentalidad más desprotegida, este diseño debe de incluir el género de la persona responsable, su edad, sus recursos económicos o sus circunstancias personales, y así promover su protección integral, ya que los miembros de estas familias en muchas ocasiones los más vulnerables, como los niños y madres solteras.

Familia ensamblada, reconstruida o reconstituida: Es originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tiene hijos provenientes de un casamiento o relación previa.⁵⁵ Todo ello se ha concebido como un sistema familiar integrado por un nuevo núcleo, que se constituye articulado con los subsistemas familiares precedentes, en otras palabras la configuración familiar se edifica, no a partir de la convivencia, sino; desde la figura del hijo que se relaciona con el padre y la madre en hogares domésticos distintos; por lo que, es una red familiar significativa para todos sus integrantes,

⁵⁴ En la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia encontramos una de sus principios rectores al rol primario y fundamental de la familia, como un medio natural para el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, por ello la misma ley dentro de las medidas de protección se encuentra la colocación familiar, que es una medida que ubica al niño que necesita ser separado de su familia de origen y es ubicado con un pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Art. 125.

⁵⁵ MIZRAHI, Luis Mauricio, *Familia, matrimonio y divorcio*, op. cit. p. 448. Algunos autores la conciben como grupo doméstico, ya que se refieren a todos los que viven en el hogar de la nueva pareja, lo que llamamos comúnmente “los tuyos, los míos y los nuestros”

dentro de la cual el nuevo hogar se integra como uno de sus componentes. En este orden encontramos a las de origen o biológico y sustituta, las nucleares o extensas como las siguientes:

Familia de origen o biológica: conformada por personas unidas por vínculos de consanguinidad, sea que descendan unos de otros o que descendan de un tronco común, como el vínculo entre padres e hijos, hermanos, abuelos, primos entre otros.⁵⁶

Familia sustituta: conformada por personas entre quienes existen vínculos legales, presentan distintas modalidades entre ellas la tutela, colocación en hogar sustituto, acogimiento institucional, y tiene por objeto proteger a un niño, niña o adolescente, cuya familia de origen se desconoce o resulta inviable o imposible su permanencia en ella.⁵⁷

Familia nuclear: conformada por padre, madre e hijos, unidos por vínculos consanguíneos o legales como la adopción;⁵⁸ es decir, este tipo de familia solo es concebida por sus miembros descendentes.

Familia extendida o ampliada: conformada por los parientes consanguíneos, afines o legales, como abuelos, tíos, sobrinos, cuñados suegros, entre otros. Este es un tipo de familia moderna y de las más aceptadas en América Latina.

⁵⁶ BARRIOS Haydee Guadalupe, Ponencia *Nuevo enfoque de las instituciones familiares relacionadas con la niñez y adolescencia*, Escuela de Capacitación Judicial El Salvador, 25 de enero de 2010. En la LEPINA, se usa indistintamente ambos términos.

⁵⁷ *Ibídem* la familia sustituta en la LEPINA está definida en el art. 126 La familia sustituta constituye una modalidad de acogimiento familiar y es aquella familia que no siendo la de origen, acoge en su seno a una niña, niño o adolescente asumiendo la responsabilidad de suministrarle protección, afecto, educación y por tanto, obligándose a su cuidado, protección y a prestarle asistencia material y moral.

⁵⁸ BARRIOS Haydee Guadalupe, Ponencia *Nuevo enfoque de las instituciones familiares relacionadas con la niñez y adolescencia*, Escuela de Capacitación Judicial El Salvador. Esta es la familia de origen natural.

1.4 Concepción jurídica de la niñez y adolescencia

Dentro de la evolución del pensamiento sobre las niñas y niños, la materia da el paso cualitativo al ir traspasando la concepción de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral. La doctrina sobre la niñez y adolescencia ha tenido una evolución considerable en tanto se ha determinado por parte de la misma y a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño,⁵⁹ que son sujetos de derechos, que no son cosas ni objetos que las personas adultas pueden utilizar a su conveniencia y por ello, es importante conocer un poco sobre esta evolución del pensamiento y cuál es la doctrina que nos dice cómo se concibe a la familia y a las NNA dentro de esa relación, que ahora se plantea, tripartita, familia-estado-comunidad, centrada básicamente en el respeto a los derechos humanos de la niñez y adolescencia.

1.4.1 Modelo tutelar: Situación irregular del niño, niña y adolescente

Surge en la época del auge positivista, todas las legislaciones relacionadas a la temática de niñez fueron fundamentadas por medio de esta doctrina. Esta Doctrina se fundamenta en la concepción de la NNA como objetos susceptibles de lástima, misericordia, compasión y represión, la doctrina ignoraba las causas estructurales (económicas, sociales, culturales, educativas, etc.) que originan la problemática de la niñez y adolescencia, que luego se desencadena en actos contrarios a las normas o estados de abandono o sufrimiento por parte de los NNA, en fin combatía al sujeto y no las causas que originaban que los sujetos actuaran de ese modo.

⁵⁹ CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Ratificado por El Salvador D. L. N° 487 de fecha 27 de abril de 1990 y publicado en el D. O. N° 108, Tomo N° 365 de fecha de 9 de mayo de 1990. La Convención de Derechos del Niño es el instrumento internacional más ratificado por las naciones y contiene los más importantes derechos humanos de la niñez, reconoce tanto los derechos civiles, como los derechos económicos, sociales y culturales que requiere la niñez para su supervivencia y desarrollo integral.

Es por ello que: “Esta doctrina ha sido la antítesis de toda protección legal y social, en la cual la situación de abandono, la no realización de los derechos fundamentales de los niños y las niñas, y la transgresión de las normas penales, se sobreponen creando una confusa situación protectivo-punitiva,”⁶⁰ es; decir, que los adolescentes infractores y los niños, niñas y adolescentes en circunstancias especialmente difíciles, sean tratados con la misma fuerza y represión que los mayores de edad.

La doctrina de la situación irregular consideraba a los niños, niñas y adolescentes como objetos de protección, sobre los cuales los padres, familiares o el Estado podían ejercer su poder y decidir sobre situaciones que les atañen, consideraban la problemática de la niñez y adolescencia como una enfermedad y como tal debían de tratar a los mismos como pacientes que necesitaban ser curados.

Toda esta concepción de niñez estaba determinada por los adultos, todo en razón de lo que estos determinaban y concebían de ellos, es decir lo que se ha dado en denominar “el adultocentrismo”, los adultos decidían por los niños y estos debían obedecer so pena de sufrir castigos o ser internado⁶¹. Es por ello que la doctrina distingue dos tipos de seres humanos, susceptibles de ser intervenidos por medio de esta doctrina:

Niños, Niñas y Adolescentes en situación irregular: responsables de la comisión de un ilícito penal y que por ende son sometidos a la institucionalización, al encierro.

Niños, Niñas y Adolescentes en Situación de Riesgo: Son los que se encuentran en un estado de abandono con filiación conocida o desconocida, ya sea abandono moral o material.

⁶⁰BARRATTA, Alessandro, *Elementos de un Nuevo Derecho Para La Infancia y la Adolescencia*, en La Niñez y la Adolescencia en Conflicto con La Ley Penal. Editorial Hombre de Maíz, San Salvador. 1995 p. 48. Es decir que se ataca al sujeto por tener la condición de niños, más si tenía el estatus de pobreza, niño de la calle abandonado. Es como el derecho penal de autor, es decir ataca a la persona no al acto.

⁶¹ KRAUSKOPF, Dina. *Participación social y desarrollo en la adolescencia*. disponible en: <http://genero.bvsalud.org/dol/docsonline/7/8/287-166-Glosario.htm> Consultada el día 20 de febrero de 2012. En ese momento las leyes era adecuado a los adultos es decir no habían leyes específicas o particulares para este grupo social.

Antes de la promulgación y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, prevalecía esta doctrina que como ya se dijo concebía a la persona menor de edad no como sujeto de derechos sino objeto de ellos, y en ese sentido, se partía de una definición negativa de los mismos, ya que se sustentaba bajo un concepto que éstos no sabían, no tenían y no eran capaces, por lo que eran objeto de protección y en tanto ello no eran sus derechos los protegidos sino la persona infante en sí misma.

En consecuencia de esta doctrina, la persona juzgadora era quien debía suplir la falta de políticas sociales adecuadas y disponían de la internación y otras medidas que se concebían como proteccionistas, por lo que no solamente eran ejecutores sino generadores de políticas sociales, ya que se delegaba prácticamente en la institución judicial, como una entidad benefactora de las personas menores de edad que eran excluidos de oportunidades sociales y se encontraban bajo situaciones adversas, por lo que más bien se sostenía una tutela de represión judicial e institucional.⁶²

1.4.2 La doctrina de la protección integral

Esta doctrina de protección integral, hace referencia a un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en las consideraciones de la infancia y que reconoce además que el antecedente directo de esta doctrina es la Declaración Universal de los Derechos del Niño⁶³, la cual se resume en los siguientes instrumentos básicos: Convención sobre derechos del Niño, reglas mínimas de las naciones

⁶² BARRATTA, Alessandro, *Elementos de un Nuevo Derecho Para La Infancia y la Adolescencia*, op. cit. p. 48. En el ámbito jurisdiccional, se le llamo paternalismo, el estado otorgo a los jueces de menores absoluto poder discrecional, con objetivos proteccionistas, los procesos judiciales que se conocían no había contradicción, lo importante era la tutela que el estado daba a los menores en situación irregular. La aplicación de las medidas era una decisión que se fundamentaba en la discrecionalidad del funcionario que la aplicaba y no tenía un tiempo determinado en la ley, esta duraba el tiempo que fuere necesario para “curar al niño, niña o adolescente interno”, la medida cesaba si mientras un proceso de observación el interno mostraba evidencias de cambio.

⁶³ GARCIA Méndez, Emilio. *Legislaciones Infante Juveniles en América Latina*, en la Niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal. Editorial Hombres de Maíz. San Salvador. 1995. p 39. Recordemos que las declaraciones son una simple declaración de derechos que reconocen éticamente situaciones de derechos que no son obligatorios para los estados partes.

unidas para la administración de la justicia juvenil (Reglas de Beijing) y directrices de las naciones unidas para la administración de la justicia juvenil (Directrices de Riad).

La creación y posterior aceptación de la Convención constituyó la etapa fundamental del camino para superar doctrina de la situación irregular,⁶⁴ no se explica con razones estrictamente jurídicas, su importancia se percibe como un cambio fundamental que se crea de una percepción, radicalmente nueva, de las condiciones de la infancia, tratando de evitar continuar dándole soluciones penales a problemas sociológicos, superar además la terminología menor, llamándoles niños, niñas y adolescentes.

A través de la doctrina de la protección integral, se inicia el proceso para eliminar el carácter misericordioso que durante muchos años, se le adjudicó al trabajo en pro de los niños las niñas y los adolescentes, de esta forma se favoreció para que estos fueran atendidos no por caridad, sino que por ser su naturaleza sujetos de derechos, con la salvedad de que estos siguen siendo considerados personas con una condición particular de desarrollo y, por ende, son susceptibles de una prioridad absoluta en todos los órdenes de la sociedad.⁶⁵

La doctrina de la protección integral, se pronuncia por la necesidad de la división de la administración y la jurisdicción, ahora la administración ha ganado protagonismo respecto a la gestión de medidas de protección social, pretendiendo hacer efectiva la participación de la sociedad civil en la gestión y aplicación de las mismas.

Un elemento fundamental de esta doctrina, es el hecho de considerar las medidas de protección, específicamente la medida de colocación institucional como una acción extrema y de último recurso, es determinada como una medida excepcional que solo debe aplicarse

⁶⁴BARRATTA, Alessandro. *Elementos de un Nuevo Derecho para la Infancia y la adolescencia*, op. cit. p. 48. Este es el llamado cambio de paradigma concebir al niño como un sujeto pleno de derechos y superando la cosificación que tenía en la situación irregular.

⁶⁵GARCIA MENDEZ, Emilio, *Legislaciones Infanto Juveniles en América Latina*, op. cit. 40. Los niños, niñas y adolescentes deben someterse a un trato especial y diferenciado en cuanto a las problemáticas que presentan, todo teniendo como fundamento los derechos humanos.

cuando no existe otro medio para solucionar los problemas que enfrentan los niños, niñas y adolescentes.

Dentro de esta doctrina, se concibe a la persona menor de edad como sujeto de derechos y deberes a partir de lo estatuido en la Convención de los Derechos de Niño, la cual le atribuye una importancia significativa al principio de la unidad familiar y a la responsabilidad conjunta de la familia y el Estado, en el sentido de protección de los derechos de la niñez, a la vez que también se aporta a la legislación sobre derechos humanos cuando se define como parte del contenido de estos los derechos de la familia.

En razón de ello, y a partir del marco establecido por los Derechos Humanos, donde prevalece la igualdad y justicia social. La doctrina de la protección integral, fundada en valores y principios universales de dignidad, equidad, no discriminación y justicia social, en donde la persona menor de edad, en tanto se concibe, ya no, como objeto sino como sujeto de derechos, en donde se le da prioridad y se plante la solidaridad, la participación y el interés superior que debe prevalecer para las decisiones y políticas que se implementen alrededor de ellos.

Es en este sentido que la protección integral puede definirse como: el conjunto de ideas de carácter filosófico, jurídico, ético, político, que determinan cómo se deberían comprender, asumir, reconocer y garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes, que además plantea que el estado, la comunidad y la familia, deben de adoptar todas las medidas políticas, administrativas, económicas, legislativas y jurídicas, a favor de los niños.⁶⁶ Estas medidas deben de ser de carácter nacional e internacional que conlleven la promoción de acciones,

⁶⁶ BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, *Lepina comentada de El Salvador, Libro Primero*, CNJ primera edición 2011, p. 62. El autor define a la protección integral como el conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta se dictan y ejecutan desde el estado, con la firme participación y solidaridad de la familia y la sociedad para garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la supervivencia, al desarrollo y a la participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.

políticas, planes y programas que prioritariamente el estado ejecute con la participación y solidaridad de la familia y la sociedad.

Lo anterior se da con la finalidad de garantizar que todos los niños y niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos, que les permitan la supervivencia, desarrollo y participación en la familia y la sociedad, pero al mismo tiempo, se les atienda en situaciones especiales en las que se encuentren éstos ya sea, individualmente o en grupo, cuando se les haya vulnerado o violentado sus derechos; siendo la Convención sobre los Derechos del Niño el marco general de interpretación de todo el resto de la normativa.

La doctrina de la protección integral se refiere: A asegurar medidas especiales de protección que se conviertan en formas sociales de impacto real para transformar la situación de abierta desprotección en que se encuentran grupos determinados de niños y niñas. Ya no se trata de reconocer, cumplir y garantizar derechos universales en las políticas globales de una sociedad, sino de proteger a determinados grupos de niños, o a un niño en particular, de las situaciones adversas que le vulneran su condición humana. La Protección especial como parte integrante e integradora de la Protección Integral no está dirigida al reconocimiento de situaciones jurídicas de derechos humanos universales (salud, educación, vida digna, etc.), sino al reconocimiento del derecho a ser protegido frente a situaciones de hecho que impiden el ejercicio de otros derechos, o violentan derechos, para restituir la condición y situación a parámetros normales de protección, y en consecuencia se trata de una atención positiva y preferencial de los niños que se encuentran en estas situaciones especiales de desprotección.⁶⁷

La referida doctrina concibe a la niñez y adolescencia como sujetos, capaces que tienen la necesidad de respeto especial a su condición de personas en desarrollo y una percepción autónoma de sus necesidades y situación que les rodea y que de igual manera que todas las

⁶⁷BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, La doctrina para la protección integral de niños, aproximaciones a su definición y principales consideraciones. Oficial de Derechos del niño. Unicef. En http://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf consultado Consultada el día 20 de febrero de 2012.

demás personas, gocen plenamente de sus derechos y no sólo de una parte de ellos, que además son los mismos derechos que todas las personas en su calidad de seres humanos, además de todos aquellos específicos que por su edad requieren. Es por ello que en tanto se encuentran calificados como seres humanos en desarrollo, deben recibir por parte del Estado, la comunidad y la familia, garantías que le coadyuven a una formación plena, con respeto a sus derechos humanos, para ya no más tomarles en cuenta como objetos de compasión sino como sujetos de derechos.

Esto debe verse que son personas, porque son también seres humanos que tienen idéntica o mayor integridad y dignidad que las personas adultas. Es por ello que son capaces, porque en tanto su desarrollo y madurez pueden decidir; tienen necesidad de respeto especial, porque su condición de seres humanos en desarrollo, hace que requieran de una atención prioritaria y específica; tienen una percepción autónoma de sus necesidades y situación, porque pueden comprender y conocer el mundo que les rodea y en el que viven.

Esta visión ha permitido, sensibilizar y abordar el tema desde una dimensión jurídica institucional de la condición de la niñez y la adolescencia. El reconocimiento del niño y el adolescente como sujeto pleno de derechos constituye el punto neurálgico del nuevo derecho⁶⁸. Transforma toda la visión cultural, ética, social, política y jurídica que se ha tenido de la niñez y adolescencia todo ello se obliga a verlos por igual y asumir la responsabilidad de iniciar un cambio en las y los adultos para comprender que éstos deben tener acceso total a sus derechos en cuanto al estado, la comunidad y la familia, es con ello entonces que se debe cambiar la conducta de asistencialismo que predomina en todas de sus necesidades y sustituyéndolas por la visión de los derechos humanos ya que en la medida que se acepte y se les trate como sujetos de derechos, aún y cuando personas en desarrollo, se les irá

⁶⁸ GARCIA MENDEZ, Emilio, *Legislaciones Infante Juveniles en América Latina*, op. cit. p. 40. La doctrina de la protección integral, es el ideal de llevar adelante para que las niñas, niños y adolescentes puedan ser reconocidos como sujetos de derechos, en tanto que pretende la inclusión de las y los mismos en la sociedad; sin embargo, esto implica un cambio de visión que no siempre es interpretada y aplicada correctamente.

reconociendo su calidad de sujetos y no de objetos de protección, su capacidad, dignidad e integridad a la vez que se va transformando las relaciones de estos con la familia, el estado y las y los adultos, para a su vez, irles enseñando a ser mejores personas adultas, de una manera donde puedan basar su convivencia en el respeto.

1.5 Situación de la niñez en El Salvador

En nuestro país al igual que en otros países la conceptualización sobre la niñez ha sido producto de un proceso histórico que ha evolucionado, esto implicó a su vez un avance en la situación de la niñez con respecto al reconocimiento de la infancia y de sus derechos y deberes, como personas.

La historia de la niñez en El Salvador se puede dividir en cuatro periodos, el primero, a partir de 1821, el período independentista, durante el cual, las niñas, niños y adolescentes, no eran considerados como personas con derechos sino como personas que eran objeto o propiedad, que trabajaban en su mayoría ya que no se consideraba la necesidad que los mismos tuviesen ningún tipo de estudio, existiendo distinción de categorías sociales que implicaba en consecuencia, la falta de garantías legales y sociales para la población infantil.⁶⁹

El Código Civil de El Salvador,⁷⁰ en el artículo 73 establecía que “la ley protege la vida del que está por nacer. El Juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará”. Los hijos e hijas no tenían igualdad de derechos y condiciones, y por tanto, artículos como 34, 35, 36 y 37 (derogados), fueron totalmente discriminatorios y atentatorios a los derechos de la niñez en cuanto a igualdad se

⁶⁹ UNICEF y otros. *Niñez en El Salvador. Estado Actual y Perspectivas*. Lineamientos para una política de atención y desarrollo integral para la primera infancia. El Salvador. 2009. pp. 20-21. Esta falta de garantías no solo era para los niños sino que también eran para las mujeres. La mayoría de los niños trabajaban en las fincas de los terratenientes.

⁷⁰ CODIGO CIVIL DE EL SALVADOR D. E. de fecha veintitrés de agosto de 1959, publicado el catorce de abril de 1860, D. O. No. 85, Tomo 8, entra en vigencia el día uno de mayo de ese mismo año. En este Código en el capítulo relativo del principio y fin de la existencia de la persona humana se protegía la vida de los no nacidos.

refiere, ya que los mismos les catalogaban o dividían como legítimos, ilegítimos, naturales, adulterinos e incestuosos.

El segundo período inicia en 1900,⁷¹ se tienen los primeros servicios de atención social a las niñas y niños: en 1902 con la fundación del Hospital Rosales, se abre la primera área de servicio pediátrico, siendo las niñas y niños atendidos por personal de enfermería inicialmente y en casos complejos por un doctor, siendo hasta 1915 que se abre la primera Sala de Niños en dicho hospital. En 1904, el que actualmente se conoce como Instituto Salvadoreño de la Niñez y Adolescencia, tuvo sus inicios como una Sala Cuna, en San Salvador, siendo posteriormente trasladado el cuidado de dicha sala de cuna a una institución de beneficencia como era la Sociedad de Hijas de San Vicente de Paúl y luego con el tiempo pasó a ser parte del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, hoy Instituto Salvadoreño de la Niñez y Adolescencia. Para el año de 1917, el Estado brindó el llamado Servicio Médico Escolar, gracias al cual, posteriormente se crea la Sociedad Benéfica Pública, a partir de la cual se realiza un programa muy importante, como fue el llamado “La Gota de Leche”. En 1928, se donó por parte del Doctor Benjamín Bloom, el primer hospital de niños y el único que se tiene actualmente como nacional, que precisamente lleva el nombre de la persona que realizó tal donación. Para 1940 se crea la División de Higiene del Niño en la Dirección General de Salud y la educación parvularia tuvo sus primeros programas, finalizando esta década con diferentes campañas a favor de las niñas y niños siendo algunas de éstas las de higiene en las escuelas, nutrición, consultas prenatales, curaciones.

En 1950, al modificarse la Constitución de la República⁷², en lo relativo del régimen de los derechos sociales en el capítulo I de la Familia, se reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad estableciéndose por medio del artículo 180 una disposición con la

⁷¹ UNICEF y otros. *Niñez en El Salvador. Estado Actual y Perspectivas*. op. cit. p. 21. En este periodo se empieza a visualizar a los niños como sujetos diferentes y que necesitan atención especial.

⁷² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE EL SALVADOR 1950. La constitución se promulgo mediante el Decreto número 14 que entro en vigencia el día catorce de septiembre de 1950. En <http://biblio2.ugb.edu.sv/bvirtual/11106/capitulo3.pdf>. sitio web visitado el 15 de octubre de 2012. Esta constitución fue considerada de avanzada teóricamente hablando, recogiendo los derechos sociales.

que se inicia el reconocimiento a los derechos de la niñez al establecer por primera vez que: “El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia”. Así también reconoce la igualdad de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio y los adoptivos en lo relativo a los derechos de educación, asistencia y protección del padre.

En 1958 se creó la Dirección de Asistencia Social, dentro de la Secretaría de Gobierno, lo que permitió dar un enfoque distinto en cuanto a la orientación y objetivos de la asistencia al menor y una participación del estado en la ejecución de los programas para los menores. Posterior a ello, a nivel de salud, los distintos hospitales nacionales en abren sus puertas al servicio de pediatría y neonatología que posteriormente se concentraron en el Hospital de Niños Benjamín Bloom.⁷³

A partir de la vigencia de la Constitución de la República de 1983, se establecen en los arts. 34, 35 y 36, un amplio reconocimiento a los derechos de la niñez así como también la dignificación de éstos al eliminar dentro de la familia, las diferentes categorías con las cuales se les discriminaba, por lo que se incorpora para ellas y ellos el principio de igualdad, dejando atrás los conceptos de hijos e hijas ilegítimos, naturales, legítimos, etc. En ese sentido, hay un cambio importante en la situación de la niñez y adolescencia en el país, en tanto que se eleva a rango constitucional, la protección de las niñas, niños y adolescentes a nivel de salud, educación, asistencia, seguridad, identidad e igualdad. Por otra parte, el artículo 56 de la Constitución hace también que el derecho de la niñez a la educación se reconozca de carácter público y por tanto, gratuito, ya que específicamente con la educación parvularia, básica y especial, se establece que será gratuita cuando la imparta el Estado.

Durante el período más crudo de la guerra civil, diversas instituciones humanitarias como la Comisión de Derechos Humanos así como la Cruz Roja, informan que entre el año 1980 y

⁷³ UNICEF y otros. *Niñez en El Salvador. Estado Actual y Perspectivas op. cit.* p. 23-25 Con la creación de las especialidades de pediatría en el sistema de salud en esta época se visualiza la especialización que esta población necesitaba.

1992, las condiciones de vida de las niñas, niños y adolescentes en el país, fue principalmente marcada por la violencia existente principalmente a raíz del conflicto armado.

Si bien es cierto la Constitución de 1950 y la evolución histórica a nivel mundial denotaban un avance en el reconocimiento de los derechos de la niñez y la importancia de su protección, se continuaba teniéndoles como objeto de protección y no sujetos de derechos, y en ese sentido, el diario vivir de la niñez en El Salvador se limitó profundamente a sufrir las condiciones que arrojaba como consecuencia la guerra civil, tales como las mutilaciones a raíz de las minas, de las bombas, los fuegos cruzados, el mismo reclutamiento forzoso o asistencia voluntaria de los niños fuera al ejército o a la guerrilla, que incrementaba fuertemente el peligro de las mutilaciones y muertes. Esta situación que se vivía en el país, conllevó a que la niñez sufriera de desprotección prácticamente en todo sentido, ya que no existían las debidas condiciones de salud, educación, la migración y el mismo conflicto armado provocaba la desintegración familiar, las familias ya no podían estar juntas debido al exilio, a la migración, a la incorporación a la guerra, las niñas y niños sufrían entonces de abandono y orfandad. Durante esta época fue muy común la desaparición de las niñas y niños principalmente, lo que posteriormente con la finalización de la guerra hizo que surgiera la Asociación Pro Búsqueda de Niños y Niñas.⁷⁴

El tercer período inicia con la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, lo cual hizo que se revisaran las distintas políticas y legislaciones internas sobre la protección a los derechos de la niñez y adolescencia, dejando el paradigma de la doctrina de la situación irregular y encaminándose hacia el marco que establece la doctrina de la protección integral. Con el fin de la guerra oficializado con la firma de los Acuerdos de Paz el 16 de enero de 1992, pretendió un cambio en las estructuras sociales y en consecuencia,

⁷⁴ La asociación Pro búsqueda de niñas y niños desaparecidos, surge a partir de la insatisfacción de un grupo de familiares, ante los resultados del proceso de cumplimiento de los acuerdos de paz. Ya que la comisión de la verdad no incorporo en su informe la problemática de la niñez y que las recomendaciones sobre las reformas al sistema de seguridad pública y justicia no fueron atendidas por los firmantes de los acuerdos y la razón principal fue la ineficacia del estado para darle respuesta al tema de las desapariciones forzadas. En <http://probusqueda.org.sv/> visitado el 12 de septiembre de 2012.

existiría un cambio en las condiciones de vida y desarrollo de la niñez salvadoreña. Por otra parte, esto incidió también en la legislación interna, entrando en vigencia el Código de Familia y Procesal de Familia en 1994, importante en esta legislación familiar es que se crea el Sistema Nacional de Protección del Menor, pero que en la práctica no se ejecuto; así como también la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar en 1996, entre algunos de los cambios fundamentales que se dieron para ésta época. Posteriormente, la Política Nacional de Atención al Menor fue sustituida en 2001 por la Política Nacional para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia y en 2006 se reforma la Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, que fue creada en 1983⁷⁵, el ente rector de esta política nacional fue la Secretaría Nacional de la Familia y ejecutada por el ISNA.

El cuarto periodo inicia cuando el Estado de El Salvador tiene el compromiso y obligación de respetar y garantizar los derechos que establece la Convención sobre los Derechos del Niño, así como también, asegurarse que estos se apliquen con el objetivo de brindar la protección necesaria para que se desarrollen en una forma integral, por lo que se vuelve necesaria la creación de una ley especializada en materia de niñez y adolescencia al respecto, que conforme a los principios de seguridad y certeza jurídica, se les pueda garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos así como se facilite el cumplimiento de los deberes de todo niño, niña y persona adolescente, es así como luego de una serie de consultas en el 2011 con la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia, denominada LEPINA. En esta se desarrolla de forma amplia los derechos de la niñez y adolescencia y establece todo un sistema de atención a la niñez y adolescencia. La filosofía que inspira la misma se sustenta además en principios fundamentales como interés superior de los niños, niñas y adolescentes, la corresponsabilidad, prioridad absoluta, el ejercicio progresivo de las facultades, la igualdad, la no discriminación y equidad.

⁷⁵ LEY DEL INSTITUTO SALVADOREÑO PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. D. L. No. 482. 11/03/1993. D. O. No. 63. 3/03/1993. Reforma Decreto Legislativo No. 21. 15/06/2006. D. O. No. 126. 7/07/2006 El instituto fue creado atendiendo a la necesidad de racionalizar y optimizar los recursos estatales a favor de la niñez y la adolescencia y por la urgencia de orientar este accionar bajo un solo lineamiento de trabajo, es decir, política nacional de atención al menor.

Con la Ley se crea un Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia con la participación de la familia, el Estado y la sociedad. La política Nacional de protección integral de la niñez y adolescencia se encuentra aún en construcción la cual se emitirá luego de una serie de consultas por el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia. CONNA.⁷⁶

⁷⁶ Las funciones primordiales del CONNA son el diseño, aprobación y vigilancia de la Política Nacional de Protección de Niñez y Adolescencia; la coordinación del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia y la defensa efectiva de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Art. 324 LEPINA.

CAPITULO II

LA FAMILIA Y LA AUTORIDAD PARENTAL

SUMARIO: 2.1 Importancia de la familia en la Convención sobre los Derechos del Niño 2.2 La familia en la normativa salvadoreña, 2.3 Autoridad parental 2.4 Características 2.5 Titularidad y ejercicio 2.6 Las acciones de privación y suspensión de la autoridad parental 2.7 De las acciones de extinción, suspensión y pérdida en el código de familia 2.8 Cuidado personal 2.9 Relaciones y trato 2.10 Representación legal

2.1 Importancia de la familia en la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Carta de las Naciones Unidas⁷⁷ reconoce que la base de sus principios se centra en el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de los miembros de la familia, lo cual, es importante destacar ya que, sale de la esfera de reconocer los derechos de la persona de forma individual y realiza tal reconocimiento colocando a los individuos dentro del núcleo familiar ya que intrínsecamente reconoce que para lograr la paz, respeto de derechos, democracia y equidad social debe partirse de la familia que es donde se gestan dichos principios.

La Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁸ es un marco normativo de carácter internacional y obligatorio para los Estados que la han suscrito, desde su preámbulo hasta su parte final esta la Convención, destaca el papel fundamental que debe desarrollar la familia en la garantía de los derechos del niño, al afirmar: *“... Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...”*

⁷⁷CARTA DE NACIONES UNIDAS se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta.

⁷⁸Adoptada y abierta a firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, suscrita el 26 de enero de 1990 por el representante del Gobierno de El Salvador ante la Organización de Naciones Unidas, aprobada por el Órgano Ejecutivo por medio de acuerdo número 237 de fecha 18 de abril de 1990. Ratificada por la Asamblea Legislativa mediante D. L. No. 487, de fecha 27 de abril de 1990 D.O. No. 108, Tomo 307 del 9 de Octubre de 1990.

Con la adopción del nuevo paradigma de protección integral, se privilegia la familia como el medio natural y primario donde se garantiza el desarrollo y la protección del niño, niña y adolescente; el respeto de los derechos del niño y sus intereses los que no pueden ser concebidos aisladamente, sino en conexión con su núcleo familiar.⁷⁹

Los padres son los principales responsables de cuidar y educar a sus hijos. Es por ello que, el Estado debe brindar a la familia la ayuda necesaria, para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades; tales como, salud, educación, alimentación proveer de un vivienda digna y adecuada, protección, sano esparcimiento; ya que, al apoyar a la familia estará apoyando al niño, esto manteniendo la línea de pensamiento desarrollada y sostenida reconociéndose que para que el niño o adolescente se desarrolle integralmente debe crecer en un ambiente familiar dotado de amor y con condiciones básicas para su sostenimiento.

Este principio obliga al Estado a evitar que se tomen medidas que separen al niño de su familia, entendida en su sentido más amplio. Ante cualquier circunstancia, la medida que se le aplique debe tener en cuenta, primero, la familia de origen, luego los parientes más cercanos y, sólo en casos excepcionales, se aplicarán medidas como colocación en hogares sustitutos o adopción y, en último caso, su colocación en entidades de atención tal como lo reza el art. 20 de la convención en comento.

Con la nueva concepción de la doctrina de la protección integral viene a realizar un cambio de paradigma de los NNA , al considerarlos no como objetos de derechos; sino, como sujetos de derechos otorga un nuevo sentido a esta nueva concepción es decir; el Estado ya no debe busca únicamente satisfacer las necesidades de los niños; sino debe crear las políticas públicas para hacer valer sus derechos y de forma conjunta los de su familia que es el seno y ambiente donde principalmente debe desarrollarse el NNA.

⁷⁹ La Convención atribuye una gran importancia al principio de la unidad familiar y a la responsabilidad conjunta de la familia, el Estado y la sociedad en la protección de los derechos del niño, además realiza un significativo aporte a la legislación de derechos humanos al definir el contenido de los derechos de la familia, describiendo con gran detalle la red de derechos y deberes que interrelacionan al niño, la familia y el Estado.

En este sentido, el Código de Familia adoptado por El Salvador en 1994, al cual el Comité de Derechos del Niño hizo mención, parece ser excepcional, por ejemplo el artículo 4 enumera los principios rectores que lo inspiran; en esta disposición, el concepto de protección integral se aplica no sólo a los niños, sino también a la familia en la cual la madre es la única responsable del hogar; la ampliación del concepto de protección integral a esta categoría de familia con necesidades especiales constituye una ilustración interesante del desarrollo de la doctrina de protección integral.⁸⁰ Citando dicho artículo: La unidad de la familia, la igualdad de derechos del hombre y de la mujer, la igualdad de derechos de los hijos, la protección integral de los menores y demás incapaces, de las personas de la tercera edad y de la madre cuando fuere la única responsable del hogar, son los principios que especialmente inspiran las disposiciones del Código.

La CDN expresa: “... Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad”. Es por ello que, toda política pública que se diseñe para mejorar la calidad de vida de la niñez y la adolescencia, debe confrontar los problemas de pobreza e inseguridad que sufren los progenitores o miembros de la familia ampliada y que tienen niños bajo su cuidado, todo ello para resolver dichos problemas de manera integral.

No puede pensarse en el interés del niño, niña y adolescente a ser alimentados, educados o cuidados en su salud, si no se proveen recursos para que la familia al menos con limitantes

⁸⁰O'DONNELL, Daniel, *La Doctrina de Protección Integral y las Normas Jurídicas vigentes en relación a la Familia*, Ponencia de conferencias de la Organización Estados Americanos en http://www.iin.oea.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_%20Daniel_ODonnell.htm, consultado el día 12 de diciembre de 2012. El autor señala que el Código de Familia de El Salvador de 1994 al parecer es el único de la época que otorgo un lugar central a la doctrina de protección integral, así como desarrolla en uno de sus artículo dedicado a los derechos fundamentales de los menores. Por lo que se puede afirmar que nuestro Código de Familia hizo un esfuerzo por desarrollar la Convención sobre derechos del niño y tal como lo expresa el autor es único en la que se hizo el desarrollo de la Convención.

pueda asumir estas responsabilidades. Este otorgamiento de insumos para las familias es desarrollado en el art. 27 de dicha Convención; por lo que, la familia sin recursos no está en condiciones de asumir el cuidado de sus integrantes, y la pobreza no puede ser penalizada.⁸¹ Todo ello en razón que el Estado debe de elaborar políticas públicas encaminadas a proporcionar lo necesario para que las familias tengan una subsistencia diaria.

En esta Convención frecuentemente se refiere a los progenitores de los niños, relacionadas con los distintos derechos reconocidos por ella sobre la familia de origen o nuclear recordando que esta se refiere a los progenitores e hijos concediéndole dicha Convención con mayor importancia, la existencia de un medio familiar para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, dentro de su entorno familiar. La Convención divide los derechos en cuatro rubros:

1.- Derechos de Supervivencia: Este grupo de derechos permiten cubrir las necesidades vitales de los niños, niñas y adolescentes. Es decir se trasciende del significado de subsistir hacia la idea de satisfacción de necesidades.

Derecho a la vida (art.6), Yuri Buaiz se refiere al mismo de la siguiente manera: ⁸² *“No sólo entendido como derecho a la vida intrínsecamente considerada, es decir, a la vida física, sino en un sentido amplio que comprende tanto la vida física como el derecho a las condiciones para una vida digna, en donde se ubican específicos Derechos a la supervivencia y al desarrollo, tales como el desarrollo integral del niño, en lo moral, cultural y social”* Tómese en cuenta que hoy por hoy el derecho que un niño tiene a la pensión alimenticia entra en este derecho.

⁸¹ Este principio es desarrollado en la LEPINA en el art. 133, estableciendo que la carencia de recursos no puede ser causal para descalificar a la familia de origen o a quien pretenda desempeñar cualquiera de las modalidades de acogimiento familiar, siempre que su situación no perjudique el desarrollo integral y protección de la niña, niño o adolescente. Esta nueva Ley armoniza desarrolla los principios de la Convención y los armoniza con la realidad social Salvadoreña.

⁸² BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, op. cit. p. 63. El autor señala que el carácter amplio del derecho a la vida, permite entender las características interdependencia entre las diversas categorías de derechos.

La salud del art. 24: comprende la atención a la salud, el establecimiento de un sistema preventivo de salud, la garantía de asistencia médica y sanitaria, y el combate a las enfermedades y a la desnutrición. A la seguridad social art.26: que este derecho se incluye los beneficios de la seguridad social en términos generales y en particular del seguro social para todos los niños, niñas y adolescentes.

A la protección en casos de conflictos armados (art.38): comprende el respeto de las normas de derechos internacional humanitario que le sean aplicables al niño, niña o adolescente en condiciones de conflicto armado.

2.- Derechos al desarrollo: son los que permiten al niño alcanzar un mayor potencial como seres humanos. Entre algunos encontramos:

A la educación arts. 28 y 29, *“que debe garantizarse en condiciones de igualdad de oportunidades, de manera obligatoria y gratuita”*,⁸³ es decir, que no debe haber diferencias en la educación que se brinda, además debe ser para todos y de manera gratuita.

Al nombre y nacionalidad del art.7 inmediatamente después de su nacimiento, comprendiendo el derecho a que se le preserve su identidad art.8, las relaciones familiares, es decir, tanto el nombre o identidad legal como el familiar y social. art.9. Es por ello que los niños desde que nacen debe dársele y otorgarle todo lo necesario dentro de la familia y que sea éste, el entorno donde nazca y se desarrolle.

A la libertad de pensamiento, conciencia y religión art.14, referente a formarse un pensamiento libre, tener culto y conciencia autónoma. Que el niño tenga su propio principio de libertad para poder determinar sobre su formación ideológica.

⁸³ BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, op. cit. p. 64. Se debe considerar que la educación gratuita en el nivel escolar primario, y además debe incluir el fomento de la enseñanza secundaria de igual forma gratuita y con asistencia financiera cuando se requiera.

A la recreación y cultura art.31, referido al acceso que deben tener a la recreación y cultura los niños, niñas y adolescentes en la vida cultural y en las artes, en condiciones de igualdad. Hoy por hoy las legislaciones tanto de familia como de LEPINA, regulan como aspecto principal este principio.

3.- derechos de protección: para salvaguardar al niño, niña o adolescente por su indefensión y vulnerabilidad, de cualquier tipo de abuso, abandono, o explotación, incluyendo además a los niños que precisan más protección por circunstancias especiales. La legislación tanto primaria como secundaria, regulan este derecho desde la concepción.⁸⁴

4.-derechos de participación: garantiza a la población infantil un papel activo en la sociedad mediante la expresión de sus opiniones, pensamientos y sentimientos. Se encuentran derechos de gran importancia para el ejercicio de la ciudadanía de los niños y la necesaria interrelación democrática, incluso desde el seno familiar hasta el ámbito público.⁸⁵

Libertad de expresión art.13, A expresar su opinión y ser escuchado en asuntos que le conciernen art.12, es decir en todos los asuntos de su interés, especialmente en los procedimientos administrativos o judiciales. Este derecho de los niños se encuentra íntimamente conectada con el reconocimiento de la capacidad de ejercicio especial. Y en palabras sencillas es reconocer que ellos pueden decidir sobre el ejercicio de sus derechos y asumir responsabilidades, implica por tanto comprender que tienen cierto nivel de discernimiento, que puedan comprender la realidad en la que viven, distinguir entre el bien y el mal, como las consecuencias de sus actos. Por lo que pueden emitir juicios de valor, es decir

⁸⁴ Entre estos derechos encontramos: Contra todas las formas de explotación y crueldad del art.19, también se regula lo relativo a la a no ser objeto de injerencias en su vida privada, familia, correspondencia desarrollado en su art.16, entre los derechos de los niños en condiciones especiales encontramos, al niño refugiado en el art.22, y al niño mental o físicamente impedido del art.23, contra abusos en el sistema de justicia penal desarrollado en los arts.37 y 40, contra el abuso sexual y contra la venta o trata de niños de los arts. 34 art.35 finalizando con el art. 33 contra el uso ilícito de estupefacientes.

⁸⁵ BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, op. cit. p. 64. La libertad de expresión está referida a expresarse de manera libre, y buscar, recibir y difundir informaciones. Existe una íntima relación entre este derecho y el de opinión, por lo que se dice que el derecho a exigir la fuente de proveniencia de la información que se dirige a los niños y a la sociedad en general.

opinar, y que estos deben de tomarse en cuenta y ser ponderados. El ejercicio de este derecho impone la obligación de conocer su sentir y pensar sobre los conflictos planteados para poder optar por la mejor decisión posible.⁸⁶

Para que el artículo 12 de la citada Convención sea una realidad dentro de la familia, el principio de escuchar a los niños y de tener seriamente en cuenta sus puntos de vista debe ser incorporado al concepto y definición legal de patria potestad, lo que implicaría que *“Desde la más temprana edad se debe: a) fortalecer al niño para que exprese sus opiniones y la tendencia a que esas opiniones sean tenidas debidamente en cuenta; b) proveer al niño de suficiente información para permitir que las opiniones del niño sean informadas; c) explicar todas las decisiones, especialmente aquellas que vayan contra los deseos expresados por el niño, y d) indicar cuáles son las decisiones que el niño puede tomar por sí mismo.”*⁸⁷

A la libre asociación y libertad de celebrar reuniones pacíficas art.15, a las formas de organización lícitas, y celebrar reuniones. Además del derecho general a desempeñar un papel activo en la sociedad. Es decir estos derechos se refieren a los derechos políticos a la participación, adecuados a la madurez y desarrollo biológico, social y psicológico de los niños, niñas y adolescentes, lo que se ha dado en llamar la ciudadanía activa o ciudadanía social tal como lo prescribe Yuri Emilio Buaiz Valera.⁸⁸

⁸⁶ PERDOMO, Juan Rafael, *El derecho de los niños y adolescentes a opinar y a ser oídos en la Convención sobre derechos del Niño y la Ley Orgánica para protección de niño, niñas y adolescentes* pp.20-21 en *La garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales, Tribunal Supremo de justicia (TSJ) y Fondo para las Naciones unidas para la Infancia (UNICEF)* Grafica Acea- Caracas Venezuela, 2008. En este derecho, el cual es fundamental en todas las actuaciones y principalmente en los procesos judiciales y administrativos, se trata de erradicar la idea manejada en la doctrina de situación irregular de que los “menores” eran objetos de protección y no sujetos plenos de derechos.

⁸⁷ CHAVENNEAU DE GORE, Silvia, *“Construyendo Pequeñas Democracias”*, Vid. Children’s Rights Office, Gran Bretaña Traducción. e incorporación de información sobre legislación latinoamericana y el análisis de la legislación argentina realizado por la Dra. Silvia Chavenneau de Gore, UNICEF, Argentina. 2000. p. 28.

⁸⁸ BUAIZ VALERA, Yuri Emilio op. cit. p. 434. Es decir se refiere que el reconocimiento como sujeto de derecho de los NNA que trae aparejada el paradigma de la doctrina de la protección integral, supone el reconocimiento de la ciudadanía activa de la ciudadanía política que se realiza con los derechos de participación.

2.2 La familia en la normativa salvadoreña

a) La Constitución de República:

La norma fundamental de todo Estado de Derecho es la Constitución y ella es la base de todos los ordenamientos jurídicos secundarios o especiales. Según el artículo uno de la Constitución “*El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado... Asimismo reconoce a la persona humana desde el momento de la concepción...*” Esto significa que toda actividad que realice el Estado estará enfocada a garantizar los derechos fundamentales para la existencia y desarrollo integral de cada persona, tanto en su fase individual como en sus relaciones sociales, en especial cuando se refiere a la institución de la familia.

Sobre la concepción personalista: "Esta concepción filosófica incide en el campo jurídico caracterizando al Derecho y al Estado. Así pues, desde el personalismo o humanismo, se entiende que la función del Derecho es garantizar la libertad de cada individuo para permitir que éste realice libremente sus fines, y la función del Estado es la organización y puesta en marcha de la cooperación social, armonizando los intereses individuales y colectivos con miras a obtener el bien común".⁸⁹

En este mismo orden en los arts. 32 y 33 la Constitución regula además una legislación acorde a la realidad familiar y establece la igualdad entre hombres y mujeres, así como la de los hijos e hijas que nacen dentro o fuera del matrimonio.⁹⁰ En dicho articulado, se considera

⁸⁹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia, Inc.1-92. de fecha diecinueve de julio de mil novecientos noventa y seis, en *Constitución y jurisprudencia Constitucional*, Rodolfo Ernesto González Bonilla compilador, Sección de Publicaciones Corte Suprema de Justicia, El Salvador, San Salvador 2003, p. 2. La función del Estado debe estar al servicio de la persona humana, es decir un instrumento para la realización de los fines de la persona.

⁹⁰SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia, Inc.2-95 de fecha 28 de abril de 2000, Rodolfo Ernesto González Bonilla Compilador op. cit. p. 102. En la misma se establece que una vez surgida la relación entre progenitor e hijo, las consecuencias jurídicas deben ser iguales para todos los sujetos, es decir que no debe haber discriminación para los hijos, ni diferentes calidades entre ellos ya que lo único diferente es la forma de establecer es el lazo de filiación.

el derecho de toda persona menor de edad a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral para lo cual debe tener la protección del Estado. Asimismo se establece que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico especial.

Aunque estos son los dos principales artículos donde el legislador constituyente se refiere a la familia y su protección, a lo largo de la constitución existen otros artículos como el Regulaciones sobre niños, niñas y adolescentes entre los que encontramos: arts. 34, 35, 36, 38 ord. 10º, 55 inc. 2º y 58.

El art. 34 referido a la Protección del Estado para el desarrollo integral y protección de la maternidad y de la infancia; Asimismo el art. 35 inciso 1º, donde habla sobre la Protección a la salud física, mental y moral y garantía del derecho a la educación y a la asistencia, lo cual, tiene una íntima relación con los derechos a proteger dentro de la Convención de los derechos del niño y actualmente en la LEPINA en sus artículos 21, 31 y 81.

De la misma manera el art. 36 se refiere al Principio de unidad de la filiación, referente a la igualdad de derechos de los hijos dentro o fuera del matrimonio o adoptivos. Sobre el derecho de igualdad de los hijos para ser llamados a heredar, la jurisprudencia constitucional ha sostenido: *"...la actual Constitución de la República, ha establecido una sección de cinco artículos dentro del Capítulo II, con el objeto primordial de proteger la institución de la familia, basando toda la regulación de ésta en el reconocimiento de los derechos que le corresponden en cuanto sociedad natural; y específicamente ha regulado el deber de los padres de proporcionar a los hijos, sin distinciones filiales, educación, salud, etc. Es comprensible que la Constitución, después de haber establecido que los deberes antes dichos respecto a los hijos, incluyen a los nacidos fuera del matrimonio, debido a que el artículo 36 los ha homologado; se*

*preocupe por asegurarles toda tutela jurídica y social, es decir la eliminación de cualquier signo externo que pueda menoscabar su dignidad y sus derechos...*⁹¹

Siguiendo con las disposiciones constitucionales que se refieren a la protección de la niñez y la familia tenemos el art. 55 inc. 2º donde establecen que los padres tendrán derecho preferente a escoger la educación de sus hijos y el art. 58 señala que ningún centro educativo podrá negarse a la admisión de los alumnos por la naturaleza de la unión de sus progenitores o guardadores.

b) Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia⁹²

Esta ley desarrolla de manera especial el papel que debe tener la familia, como ente garantizador del desarrollo integral y emocional de la niñez. Desde el art. 1 se hace referencia a la familia, estableciéndose en dicha disposición que la garantía y disfrute pleno de los derechos y deberes de las NNA y una de las finalidades de la ley es la creación de un sistema nacional de protección integral de la niñez y adolescencia con la participación activa de la familia, dándole el papel prioritario a esta, al respecto el autor Yuri Buaiz señala que siendo la familia, el único medio natural para garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, obliga a considerar en cualquier decisión, primero y antes que cualquier otro

⁹¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, con referencia, Amp.34-S-95 de fecha 23 de julio de 1998, Rodolfo Ernesto González Bonilla Compilador op. cit. p. 106 La jurisprudencia constitucional ha establecido en relación al artículo citado, expresando que está fundamentado en el principio de igualdad de derechos entre los hijos frente a los padres, principio que a su vez deriva del primordial derecho a la igualdad enunciada en el artículo 3 de la Constitución, por lo que tal disposición debe interpretarse como una norma que equipara las facultades y derechos de los hijos sin distinción.

⁹² LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, D.L. 839 de fecha veintiséis de marzo de 2009, Publicada en el Diario Oficial No. 68, Tomo No, 383, del 16 de abril de 2009. Esta ley entro en vigencia de manera parcial, el dieciséis de abril de 2010 los derechos, deberes y garantías, que desarrolla el libro primero luego el uno de enero de dos mil once entro en vigencia los restantes libros, relativos al sistema nacional de protección integral de la niñez y de la adolescencia y la administración de justicia.

orden a la familia, es decir que antes de considerar la separación de niño de su entorno se debe priorizar a esta como el medio ideal donde debe desarrollarse.⁹³

En el mismo sentido el art. 8 de la citada ley establece los deberes del Estado entre los que señala que debe promover las medidas necesarias para la protección de la familia. El principio de rol primario y fundamental de la familia lo desarrolla la ley especial en el art. 9, este principio que es considerado uno de los principios rectores de la Ley, porque es la familia el escenario donde se desarrolla de manera integral los niños y adolescentes y donde se promueven la educación, propiciándoles el mayor goce de los derechos individuales de sus miembros, lo cual, implica que los padres son los principales responsables de cuidar y educar a los hijos, imponiéndole la obligación al estado de brindar la ayuda necesaria para que la familia pueda asumir sus responsabilidades.

En razón de lo anterior se señala en esta misma ley el principio de corresponsabilidad entendiéndose a este como la responsabilidad compartida otorgada por la Ley a la familia, el estado y la sociedad de hacer valer y cumplir los derechos de las niñas, niños y adolescentes, tal y como lo establece el art. 13; el cual, destaca la importancia que solamente en coordinación con la familia, el estado y la sociedad se puede garantizar de mejor manera el cumplimiento de los derechos de la infancia, sin dejar de establecer que es siempre la familia la principal responsable del cuidado y afecto que deben tener todos los niños, niñas y adolescentes y en caso de ausencia de ellos es que el estado puede asumir la tutela de la persona menor de edad.

La Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia de San Salvador se ha referido al principio de corresponsabilidad de la siguiente manera: *“En cuanto al principio de corresponsabilidad, partimos de que la garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes corresponde a la familia, al Estado y la sociedad y que la función de cada uno de estos actores debe*

⁹³ BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, op. cit. p 130. Al referirse a la familia debemos recordar que hay una diversidad de tipos de familia, ya sea familia de origen, nuclear, extensa o sustituta. Las cuales ya se expusieron en el capítulo I de la presente investigación.

entenderse en términos de complementariedad y no de prelación. Es decir, no se trata de decir que primero es el padre y a madre o la familia en su conjunto la responsable del desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, y que luego, sólo en caso de que éstas personas no puedan, entra a funcionar el Estado y que luego lo haría la sociedad. La lógica es distinta: Tanto familia, Estado como Sociedad actúan complementariamente, desarrollando acciones simultáneas que busquen precisamente la efectivización de los derechos de este grupo de población.”⁹⁴

Atendiendo a la trilogía citada en el presente principio, el cual otorga de manera prioritaria a la familia la función de velar por el cumplimiento de los derechos de los niños y adolescentes, como ya se ha citado anteriormente, también otorga obligaciones compartidas para el Estado para asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando la familia no pueda hacerlo, en tal sentido, debe producir las transformaciones y adecuaciones institucionales imprescindibles para tal fin. Los cambios para transformar sustancialmente la sustitución/reacción de derechos representada por la visión minúscula de las instancias de protección, deben estar apuntados a la refundación del Estado para la conformación de la estructura constitutiva/activa de derechos, lo cual compromete la gestión pública en la *“afirmación, realización e implementación de los derechos de los niños”*⁹⁵, con severas implicaciones principalmente en el orden de la estructuración y concepción del modelo de Estado que gestiona los asuntos públicos para la satisfacción de las *“necesidades reales”*.

⁹⁴ CAMARA ESPECIALIZADA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SAN SALVADOR Sentencia de Apelación en Proceso General de Protección Ref. 5/A/SA2/12-1. De fecha veintiuno de mayo del año dos mil doce. proceso a favor del colectivo de niños, niñas y adolescentes de la comunidad Los Héroes, del departamento de Santa Ana. Lamentablemente este proceso que sería la primera acción de protección de derechos colectivos conocida en la jurisdicción de niñez y adolescencia no tuvo éxito ya que la demanda fue declarada improponible por el juzgado de primera instancia y confirmada por segunda instancia.

⁹⁵ BARATTA, Alessandro, *La Niñez como Arqueología del Futuro*, citado por Yuri Emilio BUAIZ VALERA en Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada de El Salvador Libro Primero p. 156. El autor expresa que se trata de iniciar un proceso de cambios estructurales del modelo en que ha sido fundado y desarrollado por el Estado, porque las causas de la insatisfacción de los derechos humanos de los niños tienen su explicación en el modelo de injusticia social que ha sido congénito al Estado mismo.

Es responsabilidad del estado, crear las condiciones a las familias para que el rol que la ley les asigna pueda desempeñarse de forma adecuada. Lo cual debe hacerse a través de las políticas públicas del mismo, como son los programas y servicios sociales básicos. Por lo que en el Estado debe de haber una de reingeniería institucional para realizar esta función imprescindible. En otras palabras debe de adecuarse en esenciales ordenes administrativas, presupuestarios, de planificación social, de servicios públicos, de la organización y estructura de la administración de justicia, de conformación de la respuesta institucional a los requerimientos de la niñez.⁹⁶

Debe considerarse que la corresponsabilidad desde el ámbito de acción de cada uno de los entes, y que en la medida de una buena coordinación y cumplimiento de los mismos, se podrá garantizarle un mejor desarrollo integral a la infancia, porque es en el seno de la familia donde se le garantiza salud, educación, alimentos, amor, protección entre otros.

c) Código de familia⁹⁷

En el Código de Familia de El Salvador, se consagra en diferentes artículos lo referido a la familia, comenzando con el objeto del código, siendo el objeto del mismo establecer el régimen jurídico de la familia, así como regular las relaciones entre sus miembros. Abarcando las relaciones de éstos con la sociedad y las entidades estatales. En razón que el Código de Familia se limita a establecer un mínimo de prestaciones y contraprestaciones, también

⁹⁶BUAIZ VALERA, Yuri Emilio op. cit. p. 157. En este sentido el autor señala que hasta el aparato policial e incluso de aquéllos asuntos declarados tradicionalmente como de seguridad y soberanía de Estado deben adecuarse al nuevo paradigma, de la distribución y redistribución de la riqueza nacional; no sólo encuentran una limitación de derecho en el principio del interés superior del niño, sino que en atención a la responsabilidad central en el cumplimiento de los derechos humanos de la niñez y adolescencia están ordenados a transformarse para dar respuesta a la satisfacción de los derechos de los niños.

⁹⁷CODIGO DE FAMILIA aprobado por D. L. 677 de fecha uno de Octubre de 1993, Publicado en el D. O. No. 231, Tomo 321, del 13 de diciembre de 1993. Este código permitió armonizar la legislación secundaria con el mandato Constitucional del art. 32, que reconoce a la familia como la base fundamental de la sociedad e impone el deber de dictar la legislación necesaria para su protección, integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. El Código tienen como objeto establecer el régimen jurídico de la familia, de los menores y de las personas adultas y regula las relaciones de sus miembros y de éstos con la sociedad y las entidades estatales.

prescribe que los derechos y deberes que regula no excluyen los provenientes de la solidaridad familiar.⁹⁸ En el art. 2 encontramos el concepto de familia, el cual está en consonancia con lo desarrollado en el art. 32 de la Constitución y el art. 9 de la LEPINA que se desarrolló anteriormente. Concepto del cual la familia importa tres tipos de relaciones, las conyugales, las paterno filiales y las parentales.

La doctrina establece el derecho de constituirse en familia; asimismo, en los artículos 3 y 6, de la Constitución se establece tanto la protección de la familia como el derecho a constituir la misma. Dentro de los principios rectores del código de familia encontramos el de la unidad de la familia, desarrollados en el art. 4, principio que también tiene acogimiento constitucional. El art. 7 establece el fomento del matrimonio sobre la base del más efectivo cumplimiento de los deberes familiares. En este mismo sentido la Constitución de la República desarrolla este principio en el inciso final del art. 32.⁹⁹

2.3 Autoridad parental

Una de las figuras más importantes del derecho de familia se encuentra la autoridad parental, entre las manifestaciones de la autoridad parental; entendida esta, como el conjunto o facultades que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes, se encuentra: el cuidado personal, la representación legal, y la administración de los bienes del hijo. Por lo que en este apartado se desarrolla al cuidado personal y representación legal, excluyendo la

⁹⁸ Documento base y exposición de motivos del código de familia Tomo II. San Salvador 1994 Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia p. 365. Se señala además que en la que la integración de familia que persigue la Constitución se consigue mediante la solidaridad, ya que la familia debe ser entendida como una comunidad, lo que ayuda a asentarla sobre principios de cohesión y de solidaridad, los que son útiles porque sirven para interpretar las normas que la regulan.

⁹⁹ Documento base y exposición de motivos del código de familia Tomo II. San Salvador 1994 Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia p. 365. Se le atribuye al Procurador General de la República la defensa de la familia conforme al art. 194 ordinal 1° de la Constitución de la República, por lo que el Código de familia prescribe que las acciones que se realicen para fomentar el matrimonio serán coordinadas por la Procuraduría General de la República.

administración de bienes de los hijos ya que el mismo sale del alcance de la investigación con respecto al tema principal.

En relación a ello la LEPINA no incorpora disposiciones reguladoras de las instituciones familiares, por lo que permanecen vigentes las correspondientes previsiones del código de familia; ya que, la primera tiene como finalidad garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de todo niño, niña y adolescente.

2.3.1 Aspectos generales

A través de los años, la conceptualización sobre lo que se entiende por autoridad parental ha ido evolucionando a tal punto que se han dado cambios en su concepto y concepción, tradicionalmente se utilizó el término “patria potestad”, que significa poder absoluto exclusivo de los padres sobre los hijos, y que inicialmente indicó principalmente al padre, aunque en ocasiones se entendiera que se involucra a la madre.

La patria potestad es una institución jurídica de origen romano,¹⁰⁰ que se constituye como un efecto o consecuencia legal de la filiación. En un primer momento se hablaba de patria potestad y esto se entendía como la autoridad del padre que tenía sobre sus hijos, literalmente, comprendiéndose dentro de esto al hombre, en tanto su conceptualización de autoridad, de cabeza y jefe de familia.¹⁰¹

Posteriormente el contenido de la patria potestad fue concibiéndose como autoridad pero no como sinónimo de dominio; sino, reduciéndose este en la época de Justiniano a corrección y vigilancia y fue involucrando también a la madre dentro de ella, por lo que el término “patria potestad” como tal, fue evolucionado en su contenido, no formándose solamente de derechos del padre y la madre sino también de deberes y responsabilidades hacia los hijos e hijas.

¹⁰⁰ SUAREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia* Tomo II, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia 1999, p. 171. La patria potestad tiene su origen en el derecho romano y revestía un carácter despótico y entrañaba un arbitrio de vida o muerte sobre las persona sujetas a ella.

¹⁰¹ SUAREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia* Tomo II, p. 168. Se entendía como ese poder o facultad de mandar o dominar sobre “algo”.

Aún y cuando el contenido se vuelve más amplio continúa llamándosele “patria potestad”, en muchos países y el mismo se refiere a los deberes y responsabilidades de los padres y madres hacia los hijos e hijas menores de edad, es decir, al conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres y madres en la persona y en los bienes de las y los hijos que son menores de edad. El arraigo que tiene la expresión “patria potestad”, hace que se continúe usando en la legislación de muchos países y en el lenguaje técnico jurídico aunque ya exista un nuevo concepto o alcance del mismo concepto.¹⁰²

El término va evolucionando y abarca el progreso del contenido en su conceptualización en sí y por eso se le comienza a definir como autoridad parental, la cual está ahora concebida como una función-deber que va a ejercerse por ambos padres en beneficio de los hijos e hijas. El papel principal de la autoridad parental, es velar por estos, garantizar se les brinde compañía, alimentación, educación, siempre con miras que se les procure una formación integral. El desarrollo de esta función está integrado por deberes pero también por derechos de los titulares de la autoridad, con miras a brindarles una formación integral.¹⁰³ Es por ello que modernamente la autoridad parental implica una serie de derechos y deberes que tienen los padres para con sus hijos.

Asimismo, en algunas ocasiones se utiliza en forma de sinónimo lo que es patria potestad con autoridad parental y se dice de ambas que no es un derecho absoluto que se reconoce a los progenitores en función de la protección, educación y formación integral de los hijos e hijas y que se concibe como un derecho–deber,¹⁰⁴ y como un derecho-función,¹⁰⁵ en tanto que a la

¹⁰²MENDEZ COSTA, María Josefina, FRANCISCO A.M Ferrer y DANIEL HUGO D’Antonio en *Derecho de Familia Tomo VI*, Rubizal-Culzoni editores, Santa Fe. 2008 p 135-136. Por ejemplo en la República de Argentina, en donde a criterio del autor D’Antonio apunta que es más ajustado seguir utilizando la denominación de patria potestad por sus remotos orígenes y su recepción social, excede el marco de su sentido literal para individualizar la institución en sus verdadero alcance, por lo que para él resulta injustificado querer sustituir dicho término.

¹⁰³OCHOA G. Oscar E. *Personas, Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2006 pp. 509-510. La autoridad parental como se ha venido desarrollando es claro que implica una dualidad para los titulares de la misma, por un lado deriva derechos y por el otro obligaciones, por lo que se entiende que no es un derecho absoluto.

¹⁰⁴BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Familia*, Buenos Aires 1962 citado por MENDEZ COSTA, María Josefina, FRANCISCO A.M Ferrer y DANIEL HUGO D’Antonio en

madre y al padre, se les da esas facultades sobre las y los hijos, en tanto que la institución de la “autoridad parental”, está orientada a favor y al servicio de las personas menores de edad.

Es un efecto legal propio de toda relación paterna o materna filial, de tal modo que una vez que queda determinada la filiación, la patria potestad, corresponde al progenitor respecto del cual quedó determinada la filiación, el que la ejercerá junto con el otro progenitor ya anteriormente determinado.

Modernamente se utiliza un término que abarca una mayor conceptualización de lo que es la responsabilidad de padres y madres sobre los hijos e hijas y es en este sentido que surge el término de la responsabilidad parental¹⁰⁶ y supone como contenido los derechos y obligaciones en una forma amplia, conferidos a los padres y madres en relación a sus hijos e hijas como sujetos de derechos y titulares de éstos y ya no como objetos o cosas sobre los cuales se tiene autoridad, dominio, decisión y poder. Se considera que el término apropiado

Derecho de Familia Tomo VI Rubizal-Culzoni editores, Santa Fe. 2008 pp138-139. El autor señala que las potestades que integran la autoridad paterna asumen a la vez derechos y deberes por ser de naturaleza compleja. No es un mero derecho subjetivo, sino un complejo indisoluble de derechos y deberes.

¹⁰⁵ CORNU, G., *Droit Civil. La famille* (a. ed., Paris, 2003, ps 152/153, citado por MENDEZ COSTA, María Josefina, FRANCISCO A.M Ferrer y DANIEL HUGO D’Antonio en *Derecho de Familia Tomo VI*, op. cit. pp137-138. La Doctrina Francesa adscribe a la consideración que la patria potestad como un derecho función la patria potestad, poniendo de relieve la doble finalidad de la misma, traducida en constituir un ensamble de derechos y deberes, ordenada al interés del hijo.

¹⁰⁶ GARCÍA-SÁNCHEZ, B. Y. & GUERRERO-BARÓN, J. *Nuevas concepciones de autoridad y cambios en las relaciones de violencia en la familia y la escuela*. Revista Internacional de Investigación en Educación, 4 (8) Edición especial. 2011. La violencia en las escuelas, 297-318. en <http://magisinvestigacioneducacion.javeriana.edu.co/numero-ocho/pdfs/magis-4-8-ve-5-Barbara-Garcia.pdf> consultado el 01 de Octubre de 2012. En el mismo sentido el Código de la Infancia y Adolescencia de Colombia, *la responsabilidad parental se asume como obligación social, igualmente compartida y solidaria entre los padres para responder por la satisfacción de los derechos de los hijos e hijas, y se deja claro que para el ejercicio de esta responsabilidad no podrá usarse la violencia en cualquiera de sus formas. con esta última afirmación, el Código de la Infancia y la Adolescencia pone límite al uso de la fuerza, borra todo concepto de autoridad como poder-dominación e instaura allí una nueva manera de ser padre y madre que implica una relación social de solidaridad, cooperación, confianza y respeto de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Así, de la autoridad’ para educar a los hijos e hijas, se pasó a la responsabilidad social de formarlos, concepto que recoge el sentido de la legislación del siglo XXI para la población infantil y juvenil en América Latina y en diferentes países de Occidente, en la que se “reclama la sustitución del poder de corrección por el derecho de orientación o guía de los/as padres/madres, con la consecuente prohibición de brindar a los hijos/as cualquier tipo de trato humillante, vejatorio y violento”*

es responsabilidad parental, en tanto el significado que le da contenido a este término, es en relación a un poder jurídico que no puede utilizarse arbitrariamente como sinónimo de dominio, que no concibe a los menores de edad como objetos, sino como sujetos de derechos, y en tanto ello, tanto padres como madres tienen la responsabilidad de actuar conforme al interés de la persona menor de edad, garantizando el cumplimiento de estos derechos. Sobre esto la Cámara de Niñez y Adolescencia de San Salvador ha sostenido que: *“El ejercicio de la función de la responsabilidad parental (denominada aún por el Código de Familia como autoridad parental, pero que del contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño se advierte que el término más adecuado a la naturaleza de dicha función es responsabilidad parental) implica, dentro de sus elementos esenciales, la obligación para el padre y la madre de proteger, educar, asistir y preparar para la vida a sus hijos e hijas, de acuerdo con el art. 206 Código de Familia en adelante C. F.”*¹⁰⁷

El contenido que encierra la “responsabilidad parental”, no se evoca a través de este lenguaje, un poder sobre los hijos e hijas, sino que desde el momento en que se les advierte como personas sujetas de derechos, autónomas, que se les escucha su opinión y se les tiene como titulares de estos derechos, los padres y madres entonces, se encuentran bajo una corresponsabilidad, donde ambos, deben asegurarse que su hijo o hija tenga hogar, comida, ropa, educación, etc., todo lo necesario para el desarrollo integral de la persona. El significado abarca esos deberes, responsabilidades y obligaciones que padres y madres adquieren no en forma subsidiaria sino corresponsablemente, ya que deja de ser el poder del padre y se transforma en la responsabilidad del padre y la madre en beneficio de los hijos e hijas, para el pleno desarrollo de su personalidad, la responsabilidad que se tienen por parte

¹⁰⁷ CAMARA ESPECIALIZADA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR, Sentencia de Apelación en proceso Abreviado con Ref. 8/A/SM2/11-1 de fecha doce de diciembre del año dos mil once. Es importante señalar el ejercicio de la responsabilidad parental, no solo es un poder que satisface las aspiraciones del titular o los titulares, sino que se ejerce en beneficio y protección de los hijos.

de la madre y el padre, de educar a esos hijos e hijas menores, con la finalidad de que se conviertan en personas adultas capaces y libres, responsables e independientes.¹⁰⁸

A tenor de lo anterior el término responsabilidad parental, busca también el cambio de términos como “tenencia” y todos aquellos que conciben dentro del lenguaje y que entonces se introyecta en el ser humano, como el equivalente de niños o niñas a cosas, objetos, algo que se “tiene”, se quita y se pone, por lo que también podría hablarse en vez de tenencia que evoca el sentido de propiedad, de posesión, y proyectarse mejor hacia uno como de la convivencia de los hijos e hijas, que evoca más bien una armonía, una compatibilidad.

Este término responsabilidad parental no solamente guarda el significado de lo que se ha mencionado sino que se vuelve más humano, ya no se refiere a “autoridad parental” como el dominio de los padres y madres, y su visión negativa y aún y cuando este término ya había evolucionado en su contenido, pero en sí el concepto de “autoridad”, da la pauta para continuar visualizando las responsabilidades, deberes y obligaciones de los padres y madres más como un estatus de dominio sobre los hijos e hijas, y en realidad, si a éstos últimos ya los concebimos como personas sujetos de derechos igual que las personas adultas, solamente que con sus propias especificidades por ser personas en desarrollo, es importante también continuar más allá y desligarnos del término autoridad, pareciendo el de responsabilidad parental, porque la responsabilidad implica un compromiso, una entrega, y considerándose también que dicho término vuelve más sensible el concepto, lo que es importante en esta materia, darle un sentido positivo del uso del lenguaje porque este se introyecta en la persona y también influye en el devenir de las relaciones de convivencia.¹⁰⁹

¹⁰⁸ GARCÍA-SÁNCHEZ, B. Y. & GUERRERO-BARÓN, J., *Nuevas concepciones de autoridad y cambios en las relaciones de violencia en la familia y la escuela op. cit.* p. 297-238 Es decir Personas autónomas capaces de defender y ejercer sus propios derechos.

¹⁰⁹ GIL DOMINGUEZ Andrés, Maris Victoria FAMA y Marisa HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia tomo I, Ediar Argentina 2006*, p. 550. Los autores señalan que el contenido del deber de responsabilidad parental encuentra una pauta normativa como complemento objetiva y axiológicamente fundamental, la cual es el interés del niño, reconocida en la Convención sobre derechos del niño.

Es así como debe comprenderse el contenido de la responsabilidad parental como el conjunto de derechos-deberes-responsabilidades, que tienen la madre y el padre con respecto a sus hijos e hijas menores de edad, para velar y realizarles una vida plena e integral. La responsabilidad parental o autoridad parental como se le denomina en el Código de Familia, se encuentra regulada a partir del artículo 206, y se establece como concepto que, la autoridad parental “es el conjunto de facultades y deberes que la ley otorga e impone al padre y a la madres sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes”.¹¹⁰

En el mismo sentido la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto estableciendo la Cámara de familia de Occidente sobre la autoridad parental ha sostenido lo siguiente: “Mientras la normalidad en las relaciones de la pareja impera, son ambos padres quienes de consuno ejercen ese conjunto de facultades y deberes denominado AUTORIDAD PARENTAL, que la ley les impone sobre sus hijos menores de edad para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además para que los representen y administren sus bienes, caso de tenerlos.”¹¹¹ Es decir que los padres tienen la obligación de proteger de forma conjunta los derechos de sus hijos, así como, de asumir las responsabilidades con estos de suministrarles de todo lo necesarios para su desarrollo integral, de acuerdo a la capacidad y necesidad de cada uno. “La patria potestad es una función que el Estado, la sociedad, confían a los padres; pero el ámbito de poder que ese officium les confiere, y el interés de los padres en ese marco, no es ya interés propiamente suyo, ni siquiera interés familiar, sino precisamente en interés del hijo menor, al Estado y a la sociedad les interesa como se educa al menor, si goza y son

¹¹⁰ MENDEZ COSTA, María Josefina, FRANCISCO A.M Ferrer y DANIEL HUGO D’Antonio en *Derecho de Familia Tomo VI, op.cit.* p 131. El autor Daniel Hugo D’Antonio al definir el concepto de patria potestad establece contrariamente a lo que define nuestro Código de Familia, expresa que tratándose de la máxima institución protectora de la minoridad, es necesario salvar las definiciones que a su juicio son erradas que hacían a la patria potestad como conjunto de derechos y deberes y postula el concepto de patria potestad de la siguiente manera: “la institución protectora de la minoridad natural y legalmente puesta a cargo de los progenitores a los fines de lograr el pleno desarrollo y la formación integral de los hijos”

¹¹¹ Cámara de Familia Santa Ana ref. 62 CA FAM S.A de fecha de 16 de agosto de mil novecientos noventa y nueve. disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv>

respetados sus derechos fundamentales, cómo pasa de niño a ciudadano adulto, porque aquellos (Estado, sociedad) habrán de aceptarlo en su ámbito como sujeto activo cuando deje de estar dirigido y controlado por sus padres; no podrán rechazarlo luego: es, pues, evidente el interés público implicado en esta cuestión.”¹¹²

2.4 Características

La autoridad parental, ahora, responsabilidad parental está concebida en los tiempos actuales, específicamente como una función del padre y la madre a ejercer los cuidados y satisfacciones básicas de los elementos necesarios para el desarrollo de sus hijos, por encontrarse estos bajo dicha responsabilidad. Este instituto está en función y se orienta a favor y en servicio de las y los hijos. Tiene como objeto principal velar por ellos, tenerles en su compañía, alimentarles, educarles y procurarles una formación integral, así como representarles y administrar sus bienes.

Su contenido básico está fundamentado por la obligación de los padres y madres de cuidar de las y los hijos, asumir su representación y formarles de forma adecuada para el desarrollo de su personalidad. Como el desarrollo de esta función está integrado por deberes, pero también de correlativos derechos de las y los titulares de la responsabilidad parental, se considera un deber-derecho, en el que prevalece el primero y tiene como características el ser irrenunciable y no disponible, en tanto que la misma se constituye como una función inexcusable que se encuentra enmarcada dentro del interés general de una familia y por ello la misma debe encontrarse y ser ejercida en forma personal por la madre y el padre; ya sea, en forma conjunta o separada, pero siempre en beneficio de sus hijas e hijos con el objetivo de criarles, educarles, encaminarlos y procurarles un desarrollo pleno de su personalidad, es en este sentido que esta institución de autoridad parental tiene las siguientes características:

¹¹² RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. “*El Interés del Menor*”. Editorial. Dykinson, Madrid. 2000. p. 233. El autor señala claramente que es expresar que lo que le interesa al estado es que la persona menor de edad, goce y se le respeten sus derechos fundamentales.

a) Irrenunciable.

En razón de a quiénes está dirigida la autoridad parental, se considera que la misma no puede ser renunciada debido a que afectaría directamente a los hijos e hijas. Tiene carácter irrenunciable, de manera que no admite su transmisión convencional entre particulares así como si se tratase de una mercancía o de una cosa que está en el comercio.¹¹³ En este sentido no se acepta la renuncia de la autoridad parental ya que con ello se perjudica el interés de los hijos, el cual es de orden público, conforme al art. 5 del Código de Familia. Por la función social reconocida a la institución, escapa a la voluntad de los sujetos alterar los alcances con la que se regula legalmente y mayormente abdicar de la sujeción que se establece para satisfacer la finalidad de la misma.¹¹⁴

b) Imprescriptible.

*“Como institución fundamental del derecho de familia, no puede obrar respecto a ella ninguna forma de prescripción.”*¹¹⁵ Su no ejercicio, voluntario o forzoso, durante un cierto tiempo, carece de virtualidad extintiva del mismo, subsistiendo la posibilidad de su ejercicio, a no ser que, por alguna razón legal y previa resolución judicial, se haya producido su extinción.

c) Intrasmisible.

Las relaciones personales tienen carácter personalísimo y por tanto no pueden ser en ningún momento objeto alguno de transferencia ya sea a título oneroso o gratuito, el ejercicio de tales derechos y deberes no puede delegarse. Se niega como principio general la comercialización

¹¹³ Si eso sucede, el niño, niña o adolescente sujeto a autoridad parental queda colocado en situación de abandono, lo que acarrea irremediablemente la pérdida de la misma de los incumplidores, quedando el sujeto de derechos bajo la tutela y en espera de la protección del Estado, a través de la institución de protección correspondiente.

¹¹⁴ MENDEZ COSTA, María Josefina, FRANCISCO A.M Ferrer y DANIEL HUGO D’Antonio en *Derecho de Familia Tomo VI*, op. cit. p. 143. Esto es así porque son derechos deben ejercerlos personalmente, por lo que no puede ser objeto de comercio.

¹¹⁵ SUAREZ FRANCO, ROBERTO, *Derecho de Familia Tomo II op.cit. p.* 173. Tal como lo establece el autor, siendo la autoridad parental una institución fundamental para las relaciones familiares, por tal razón no puede operar ninguna causa de prescriptibilidad, ya que esta opera como una función protectora que el ordenamiento le ha atribuido a la autoridad parental.

de los derechos derivados de esta.¹¹⁶ Solamente en el caso de las y los hijos adoptivos, los progenitores transfieren por completo su autoridad parental hacia las personas adoptantes.

d) Está sujeta a control judicial.

Cuando surgen conflictos entre las y los padres con respecto a las y los hijos, y no se pueden resolver, se debe acudir a un Juzgado de Familia para dirimir el conflicto.

e) Temporal.

En razón que la misma solamente se extingue cuando las y los hijos cumplen la mayoría de edad, cuando contraen matrimonio o en caso de fallecimiento del padre y madre.¹¹⁷

La naturaleza de la responsabilidad parental es de orden público. La misma se ejerce en beneficio e interés de la persona menor de edad, de acuerdo con su personalidad.

2.5 Titularidad y ejercicio

La titularidad es el conjunto de los derechos y deberes que la ley reconoce a favor y que corresponden a la madre y el padre y el ejercicio es la facultad de actuar concretamente en relación al cumplimiento de los derechos y deberes que corresponden también a ambos progenitores. La titularidad corresponde tanto a la madre como al padre, dependiendo de la naturaleza de la filiación y la situación en que se encuentren éstos¹¹⁸. La responsabilidad parental recae sobre las personas naturales desde su concepción mientras sean menores de edad que no se hayan emancipado, es decir, cuando aún no han alcanzado la mayoría de edad.¹¹⁹

¹¹⁶ SUAREZ FRANCO, ROBERTO, *Derecho de Familia Tomo II* p.173 Como se dijo anteriormente el ejercicio de los derechos y deberes que implica la autoridad parental no pueden ser transferidos o delegados.

¹¹⁷ El art. 239 del Código de Familia, establece en su numeral 4º establece que la autoridad se extingue por haber cumplido el hijo la mayoría de edad.

¹¹⁸ BOSSERT Gustavo A y Eduardo A ZANONI, *Manual de Derecho de Familia*, op. cit. 556. Se ha señalado por los autores que el ejercicio de la autoridad tiende al cabal cumplimiento de los fines a que obedece y destacan que primordialmente se dirige a lograr la formación de los hijos.

¹¹⁹ En este sentido es importante señalar que la Cámara de niñez y adolescencia se ha pronuncia en este aspecto en su sentencia de las catorce horas del día diez de septiembre de dos mil doce en el proceso Ref. 11/A/SA2/12-2 expresando: “Es importante recordar que la titularidad de la responsabilidad

Los progenitores en el goce de los deberes y responsabilidades y en el ejercicio de la responsabilidad parental, mantienen la administración y el usufructo de los bienes que se adquieren por herencia, legado o donación de sus hijas e hijos menores de edad y en el caso que éstos se hubiesen emancipado por matrimonio o por habilitación de edad, hay limitación para administrar y disponer de determinados bienes.

Es importante diferenciar el ejercicio de la titularidad, en el primero, se permite que el cumplimiento de la responsabilidad parental en la realización de las funciones, corresponda a ambos o a uno solo de los progenitores. Puede haber en algunos supuestos titularidad con ejercicio actual de la responsabilidad parental, y en otros, si bien se comparte la titularidad, se carece de ese ejercicio, por ejemplo, en el caso en que la madre y el padre están separados, puede ser que el ejercicio lo ostente la o el progenitor que convive la persona menor de edad.

Es de advertir que si bien se puede ejercer la responsabilidad parental sin el ejercicio de la misma, hay algunas funciones principalmente en relación a los derechos que ostentan los progenitores, que se ven limitadas en su actividad, no obstante, los deberes y obligaciones tales como el de alimentación continúan incólumes. El Ejercicio de la Autoridad Parental puede ser de tres formas: unipersonal, conjunto e indistinto. Esto depende quien sea la persona progenitora la que ostente la misma.

a) Unipersonal: Se concentra en uno solo de los progenitores el ejercicio de la responsabilidad parental. Puede darse el caso, por ejemplo, en donde el ejercicio de ésta sea solamente atribuido a uno de los progenitores e implique la exclusión del otro mientras el del primero se encuentre vigente. Es también unipersonal cuando se da el caso de los hijos e hijas que no son reconocidos por el padre y es la madre la que mantiene la responsabilidad parental

parental, de acuerdo a las normas del Código de Familia (Arts. 206 y ss) recae en la persona del padre y de la madre. Esto además está sustentado en la Convención sobre los derechos del Niño, como en la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia (en adelante LEPINA), estableciendo que es el padre y la madre a quienes les corresponde ejercer la función parental para potenciar el desarrollo de sus hijos e hijas.”

sobre éstos, así también cuando uno de los progenitores fallece, se le prive o suspenda la autoridad parental, será el otro progenitor quien lo tenga.

b) Conjunto: En este se requiere de la expresa voluntad de la madre y el padre para poder tomar cualquier decisión concerniente a la vida y/o patrimonio de la persona menor de edad. El ejercicio también es conjunto cuando ambos padres que conviven, pero para la adopción de los actos ordinarios se puede contar con la voluntad de uno de ellos, presumiéndose la conformidad del otro, mientras que para actos expresamente mencionados en la ley se requiere asimismo la voluntad expresa de ambos padres. De igual manera, se está adoptando por diversas legislaciones un sistema de responsabilidad parental conjunta aún y cuando la madre y el padre se encuentren separados.

c) Indistinto: Se refiere a cuando la responsabilidad parental la ejecuta cualquiera de los progenitores, sea la madre o el padre, pudiendo actuar inclusive por sí solos, en forma autónoma e independiente de la voluntad del otro.¹²⁰ Pueden darse variantes en cuando a que para ciertos actos la sola voluntad de la madre o el padre es suficiente y hace presumir la conformidad del otro, mientras que en algunos casos sí se requerirá de la voluntad expresa de ambos, como es el caso de las autorizaciones para salir del país que se requieren la autorización de ambos padres.

El ejercicio de la autoridad parental corresponde conjuntamente al padre o a la madre, o a uno de ellos en el caso que falte el otro, en los casos de fallecimiento, declaración de muerte presunta, cuando se ausente del territorio nacional, se ignore su paradero o se estuviera imposibilitado. Es así como: *“En las disposiciones generales del Título relativo a la Autoridad Parental, en el Art. 207, se establece que el ejercicio de tal autoridad corresponde al padre y a la madre conjuntamente, o A UNO SOLO DE ELLOS CUANDO FALTE EL OTRO.- En vista de que el padre de los menores *** y ***, se encuentra fuera de nuestro país y reside en la ciudad*

¹²⁰ BOSSERT Gustavo A. y Eduardo A ZANONI, *Manual de Derecho de Familia*, op. cit. p. 557. En este sentido se puede decir que se admite que los actos que realizan por cualquiera, sea la madre o el padre tengan plena validez.

*y condado de los Ángeles, Estado de California de los Estados Unidos de América, no puede ejercer conjuntamente con la señora ***la autoridad parental de sus hijos, quienes se encuentran al lado de su madre en El Salvador, por lo que deberá otorgarse a ella sola el ejercicio de la autoridad parental de los expresados menores, lo cual también comprenderá la facultad de sacarlos del territorio salvadoreño sin necesidad de autorización del padre.-“¹²¹*

Esto significa que si uno de los padres faltare el otro tendría la autoridad parental, no sin antes advertir que esto no es automático, algunas veces se tendría que seguir los procesos judiciales correspondientes. Estos son por consiguiente, los presupuestos de la autoridad parental que indica que hace falta uno de los progenitores. Al respecto jurisprudencialmente las cámaras de familia han establecido mediante sentencia lo siguiente:

“En lo que respecta el Art. 208 ya mencionado, plantea circunstancias especiales bajo las cuales podrá actuar uno solo de los progenitores, enfatizando que procede en casos de suma urgencia en consideración a los usos o en circunstancias especiales, como por ejemplo cuando se requiera una intervención quirúrgica, la celebración del matrimonio entre otros, y uno de los padres esté ausente, se ignore su paradero o se encuentre imposibilitado como lo prescribe el Art. 207 C. F.”¹²² En esta misma sentencia en cuanto existiere desacuerdos entre los padres, la cámara¹²³ ha sostenido lo siguiente: “En caso que exista desacuerdo entre el

¹²¹CAMARA DE FAMILIA DE OCCIDENTE Ref. 3/2005, del once de enero de dos mil cinco *en Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE*, María de los Ángeles Figueroa Meléndez y Silvia Cristina Pérez Sánchez 2010 p. 209. Jurisprudencialmente se ha establecido que cuando uno de los padres es ausente, la autoridad parental le corresponde al padre que está al lado de sus hijos, lo que implica al mismo tiempo que tiene también la facultad para sacarlos del territorio salvadoreño sin autorización del otro progenitor, claro esto no es automático, ya que debe establecerme mediante sentencia estimatoria dictada por el juez de familia correspondiente.

¹²² CÁMARA DE FAMILIA DE SAN SALVADOR Ref. 23-A-2005 de fecha quince de febrero de dos mil cinco. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE*, María de los Ángeles Figueroa Meléndez y Silvia Cristina Pérez Sánchez op. cit. p. 209. Por supuesto que debe de haber circunstancias especiales donde uno solo de los progenitores puede actuar en representación del hijo.

¹²³ CÁMARA DE FAMILIA DE SAN SALVADOR. Ref. 73-A-2007 emitida el veintinueve de octubre de 2007 *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE*, María de los Ángeles Figueroa Meléndez y Silvia Cristina Pérez Sánchez op. cit. 212. Esto es así ya que de no mediar acuerdo el juez de familia correspondiente deberá resolver la desavenencia conforme al interés

padre y la madre, de conformidad al artículo 209, se puede acudir al juez, quien deberá procurar avenirles, y si no es posible, se deberá resolver conforme al interés superior de la persona menor de edad. En otros términos deberán iniciarse las diligencias de descuerdo del ejercicio de la autoridad parental y el juzgador al admitirlas procederá a señalar audiencia, con el objeto de resolver el conflicto y de esta manera decidir lo más favorable al hijo(a)". Es así como el juzgador siempre debe tomar en cuenta para cualquier decisión lo que sea más favorable al hijo, es decir, siempre debe de acudir al interés superior de los NNA para decidir sobre cualquier asunto donde esté en juego su derecho. Es indispensable que los operadores judiciales conozcan y hagan realidad el principio de interés superior regulado en el art. 12 de la LEPINA.

2.6 Las Acciones de privación y suspensión de la responsabilidad parental

Esto se refiere a aquellas acciones que se ejecutan con la finalidad de privar o suspender el ejercicio de la responsabilidad parental a la madre y/o padre, mediante decisión judicial. Se trata de una acción de no de estado familia, ya que con ellas no se modifica el desplazamiento en que se encuentra una persona dentro de su familia, sino que se refiere a la acción de ejercicio de estado en vista que se tienden a privar o suspender los derechos y deberes que surgen de la responsabilidad potestad y que se conceden por haber un desplazamiento familiar determinado, en la condición de padre o madre.¹²⁴

Son actos de los padres que merecen un juicio de reproche desde la perspectiva de los intereses de los NNA y que determinan la necesidad para seguridad y cuidado de éste, de sustraerlo a la esfera de autoridad del progenitor.

En este sentido, se concibe como suspensión y pérdida de la responsabilidad parental, como una forma de castigo a consecuencia de acciones culposas o dolosas que realizan las madres

mejor de la persona menor de edad. Aquí se pone de manifiesto que siempre debe resolverse conforme al interés superior del menor, que es uno de los principios plasmados desde la CDN.

¹²⁴ Azpiri, O Jorge. *Juicios de filiación y patria potestad*. Hammurabi. 2a edición. Buenos Aires, Argentina. 2006 p 333. Esta referida a la acción ejercida por el estado para garantizar la protección de los NNA a través de estos institutos de suspensión o pérdida de la autoridad parental.

y padres en perjuicio de sus hijas e hijos menores de edad y que por tanto, pueden poner en peligro ya sea la salud física o mental de los mismos y por ello se considera como un riesgo el que continúen bajo su cuidado personal.

2.7 De las acciones de extinción, suspensión y pérdida en el código de familia

El Código de Familia define legalmente la autoridad parental cómo si la misma no se ejerce con responsabilidad y sobrepasa los límites que se establecen para sí, pudiendo incurrir en situaciones de pérdida o suspensión de la misma.

En relación a las formas de finalización de la autoridad parental, se encuentran reguladas a partir del artículo 239, y se dividen en tres formas: causas de extinción, causas de pérdida y causas de suspensión.

a) Causas de extinción: son las que le ponen fin a la autoridad parental de pleno derecho, es decir, obedecen al orden natural de las cosas como la muerte de los padres o hijos, la adopción, el matrimonio de los hijos o por haber estos cumplido la mayoría de edad.

b) Causas de pérdida: se producen por situaciones de carácter anormal, generalmente se relacionan a la conducta del padre o la madre, y son en los casos que se corrompan a alguno de los hijos o hijas o se facilitara dicha situación, cuando se les abandone sin causa justificada,¹²⁵ en caso que hayan sido partícipes de fraude de falso parto o de suplantación, o cuando fueran condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso cometido en alguno de los hijos o hijas, conforme art. 240 C.F. La jurisprudencia de la Cámara de Familia de San Salvador se ha pronunciado en los siguientes términos: “ *Para que proceda la pérdida*

¹²⁵ CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO: SAN SALVADOR, Ref. 102-A-2002 de del día ocho de octubre de dos mil tres. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv>, visitado el día veinte de diciembre de 2012. La Cámara ha sostenido “*que para autores como ZANNONI, el estado de abandono “queda patentizado a través del incumplimiento absoluto e injustificado de la obligación de prestar alimentos al hijo”. En cambio en el Manual de Derecho de Familia se sostiene que existe abandono cuando el progenitor se desatiende de las obligaciones que le corresponden respecto del hijo(a) aunque éste haya quedado bajo el cuidado de otro pariente o de terceros. Dentro de éstas obligaciones no sólo está la de proporcionar alimentos, sino además los cuidados, asistencia y apoyo que el hijo necesita para el mejor desarrollo de su personalidad.*”

de autoridad parental, es preciso acreditar fehacientemente la causal invocada, atendiendo al carácter sancionatorio de la norma, en consonancia con el principio de legalidad y atendiendo además al interés del niño que se pretende resguardar, por ello los hechos deben caracterizarse por un componente de gravedad".¹²⁶

c) Causas de suspensión: se refiere cuando existen situaciones en donde los padres o madres no cumplen con sus deberes y sin tener razones justificadas, por lo que se procede a la suspensión de la autoridad parental en casos de maltrato habitual al hijo o hija o permitir que otra persona lo haga, por alcoholismo, drogadicción o inmoralidad notoria que ponga en peligro la salud, la seguridad o la moralidad del hijo; por adolecer de enfermedad mental, y por ausencia no justificada o enfermedad prolongada, art. 241. La jurisprudencia se ha pronunciado en cuanto a la suspensión en los siguientes términos: *"Es así como la suspensión de la autoridad parental es una institución de protección al menor, que establece sanciones a deberes incumplidos por los padres, al acontecer situaciones que no garanticen el interés superior del menor, o su bienestar o tratando de prevenir un mayor daño o que se les exponga a situaciones perjudiciales."*¹²⁷

2.8 Cuidado personal:

El cuidado personal entendido este según el anteproyecto del Código de familia es: "El contenido de la autoridad parental en el aspecto personal, que se concreta en ese trato íntimo de protección y cuidado que los padres han de dar a sus hijos, y equivale a lo que en otras legislaciones se denomina guarda y custodia o, responsabilidad de crianza. En nuestro Código

¹²⁶ CÁMARA DE FAMILIA DE SAN SALVADOR Ref. 6-A-2006 de fechaseis de junio de 2006. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE*, María de los Ángeles Figueroa Meléndez y Silvia Cristina Pérez Sánchez op. cit. p. 260. Debemos recordar que las instituciones de suspensión o pérdida de la autoridad parental fueron diseñadas con la finalidad de la protección de la persona menor de edad, es decir siempre deberá estar en consonancia con el interés superior del mismo.

¹²⁷ CAMARA DE FAMILIA DE SAN SALVADOR Ref. 201-A 2004 de fecha 23 de diciembre de 2005. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE op. cit.* p. 274. Lo que se pretende con la institución de la pérdida de la autoridad parental es evitar un daño mayor en la vida de un niño, niña o adolescente, por eso esta sanción tan drástica, claro está, las causales deberán estar bien fundamentadas.

de Familia no aparece un concepto, pero este hace referencia al mismo en un capítulo, en el cual se desarrollan los principales aspectos que lo caracterizan, como son: crianza, convivencia, formación moral y religiosa, educación, y corrección y orientación.

Se establece a partir del artículo 211 en el cual se indica que el padre y la madre deberán criar a sus hijos con esmero, proporcionándoles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad. Asimismo se establece que para ejercer esta función se debe tener en cuenta las capacidades, aptitudes e inclinaciones del hijo o hija, a los que tienen la obligación de cuidado desde el momento de su concepción.

En este orden la jurisprudencia en materia de familia en El Salvador ha establecido en relación al cuidado personal lo siguiente:¹²⁸ *“Así hemos señalado en precedentes anteriores que los criterios legales para conferir el cuidado de un niño (a) son: (1) el progenitor que mejor garantice el bienestar, edad, circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica, Art. 216 C.F.; (2) el padre o la madre que este en mejores condiciones de proporcionar un hogar estable, alimentos adecuados y proveerlos de todo lo necesario para el desarrollo de su personalidad. Art. 211 C.F.; (3) aquel(la) que no impide las relaciones de trato con el progenitor que no ejerza su cuidado. Art. 217 C.F.; (4) la opinión del menor, Art. 351 No. 9 C.F. lit. j) L.Pr.F., 3 C.D.N. Por vía jurisprudencial se han introducido otros criterios entre estos la no separación de los hermanos, el mantenimiento del status quo (arraigo) que implica el lugar donde el menor ha desarrollado su vida y ha establecido lazos interpersonales.”*

Al analizar el cuidado personal a la luz de la nueva legislación especial, LEPINA se tiene que el cuidado personal debe de visualizarse conforme al principio de Interés superior que

¹²⁸ CAMARA DE FAMILIA DE SAN SALVADOR Ref. 127-A-2006 de fecha veinticinco de febrero de dos mil cinco. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE*, op. cit. p. 215. Jurisprudencialmente se han establecido criterios mediante los cuales se le otorgara el cuidado personal a uno de los progenitores, principalmente se insiste en el interés superior del NNA.

desarrolla la ley especial en el art. 12,¹²⁹ precisamente en su inciso tercero que se refiere a las obligaciones de crianza y desarrollo. De la misma manera el derecho a conocer a su madre y su padre y ser criados por ellos del art. 78, y el derecho de protección de las personas por nacer consignado en el art. 17 el cual se ejecuta mediante la atención de la embarazada.¹³⁰

a) Deber de convivencia:

Entendiéndose esta institución como la necesidad de convivencia como medio normal para cumplir la función que le impone el ejercicio de la autoridad parental. El deber de convivencia se cumple en términos generales teniendo a su lado los padres a los hijos, es decir, en su compañía en su hogar familiar. Asimismo, el deber de convivencia, se encuentra regulado en el art. 212 estableciendo como obligación para las personas menores de edad sujetas a la autoridad parental habitar la casa de sus progenitores y no deben abandonarla sin permiso de ellos, caso de hacerlo los padres pueden hacer uso de su autoridad para hacerlos regresar.

En relación a esta disposición debemos tomar en cuenta que a la hora de aplicarla, el derecho a ser criado en familia y el derecho de opinión regulados en los arts. 80 inciso tercero y el art. 94 de la LEPINA.

El deber de convivencia no solo significa brindarle el resguardo físico al hijo, ya que la convivencia es el medio por medio del cual los padres pueden realizar las funciones que comprende la autoridad parental, como es el cuidado, protección, proveer la salud, la alimentación, educación, y otros del hijo.

¹²⁹La LEPINA ha dedicado un extenso texto que califica de obligatorio el cumplimiento del principio interés superior de la niña, niño y adolescente, para la aplicación, interpretación e integración en la toma de decisiones judiciales y administrativas.

¹³⁰La Lepina señala en su Art. 78 el derecho de los NNA a conocer a su madre y padre y a ser criados por ellos, estableciendo en el mismo que sin importar el origen de su filiación, tienen derecho a conocer a su madre y a su padre y ser criado por ellos, salvo cuando sea contrario a su interés superior. Ya que si esto sucede es el mismo estado el llamado a proteger a estos NNA, mediante la aplicación de las medidas pertinentes.

b) Acuerdos sobre el cuidado personal:

Corresponde sin lugar a dudas el cuidado personal a los padres, es decir son ellos quienes ejercen el cuidado. Cuando surgen conflictos familiares entre los padres y estos se separan se ponen de manifiesto los acuerdos sobre el cuidado personal de los hijos. Si los padres logran tomar la decisión al respecto en términos normales la ley respeta esa decisión, ya que la misma se entiende que ha sido tomada conforme al interés del hijo. Si por el contrario los padres no llegan a acuerdos o el tomado atente contra el interés del hijo, será el juzgador el que decidirá al respecto.¹³¹

El en art. 216 se establecen los acuerdos sobre el cuidado personal, el cual debe ser aplicado igual a la luz de los derechos a ser criado en familia, del mencionado art. 80 inciso tercero, el derecho de opinión del art. 94, ya que si bien es cierto la norma en referencia señala que se oirá al hijo si fuera mayor de 12 años, entra en contradicción con lo que regula en la LEPINA para el derecho de opinión, el acogimiento familiar art. 124 que es una mediad exclusiva que deben otorgarla los jueces especializados y el literal b) del art. 127 de las condiciones del acogimiento familiar, que establece que el consentimiento del niño, niña o adolescente mayor de 12 años de edad.

c) Formación moral y religiosa

La familia tiene como función principal se la socializadora de sus miembros, y por ende ser trasmisora de los valores morales, de las pautas de comportamiento, de las tradiciones, hábitos, usos y creencias sociales, así también se le atribuye el importante papel en la preparación del individuo para su incorporación en la vida social.¹³²

¹³¹ Documento base y exposición de motivos del Código de Familia Tomo II op. cit. pp. 658-660. El juez que deba decidir sobre el cuidado personal deberá tomar en consideración los factores señalados en el inciso tercero del mencionado art. 216 como son: el que mejor le garantice al hijo su bienestar, tomando en cuenta su edad, y circunstancias de índole moral, afectiva, familiar, ambiental y económica de cada caso.

¹³² Documento base y exposición de motivos del Código de Familia Tomo II op. cit. pp. 653-654. Al referirse el art. 213 a la formación del hijo dentro de los cánones de solidaridad humana y respeto a sus

Esta se encuentra desarrollada en el art. 213 del código de familia donde se establece que el padre y la madre dirigirán la formación de sus hijos, asimismo que la formación religiosa será decidida por los padres, de la misma manera de las disposiciones anteriores del código de familia aquí encontramos que hay ausencia total de la opinión del hijo, lo que afecta directamente el derecho de opinión y del derecho a la libertad de religión del art. 14 de la Convención sobre derechos del niño, que es retomado por la ley en su art. 98.¹³³

d) Educación:

La educación como deber de los padres significa dirigir, encaminar, desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales del niño, niña o adolescente. La educación puede ser formal o no formal, la primera dirigida a la formación profesional y la segunda a la enseñanza de hábitos modales, normas de conductas.

Es deber y responsabilidad de los padres y madres desarrollarla como parte de la efectiva realización de la personalidad del hijo o hija menor de edad, en tanto que se debe fomentar y velar por las aptitudes y capacidades físicas y mentales de éste, por su identidad cultural, valores, respeto, es decir, todo lo que implique la preparación en el ejercicio de una formación integral tal como se ha venido analizando. En ese sentido, la madre y el padre se encuentra con la responsabilidad que les obliga procurar la educación elemental por lo menos de sus hijos e hijas menores de edad.

Esta responsabilidad queda establecida en el art. 214 del código de familia y es desarrollada por la LEPINA sobre el principio de: Principio del rol primario y fundamental de la familia del

semejantes imprime a la relación familiar un enfoque personalista de un valor incalculable no solo para la familia sino en general para la sociedad.

¹³³ BUAIZ VALERA, Yuri Emilio op. cit. p. 457 El derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los más controvertidos y por ello que a la hora de su verificación y efectividad y más aún de su cumplimiento genera preocupación.

art. 9 inciso segundo que además establece que los padres tienen el derecho preferente para escoger la educación de sus hijos, que al mismo tiempo es de rango constitucional.¹³⁴

Asimismo hay una serie de disposiciones de la ley especial que se refieren al derecho de educación, las cuales las encontramos en los art.81 Derecho a la educación y cultura, art. 82 Derecho a la educación gratuita y obligatoria, art. 83 Acceso a la educación y cultura, art. 84 Discapacidad y educación.

e) Corrección y orientación:

La corrección a los hijos son las medidas que deben ser tomadas por los padres en el ejercicio de la autoridad parental o por los órganos de estado en su caso, en cumplimiento de los deberes de cuidado y educación, con la finalidad de encauzar la conducta del menor para su adecuada formación.¹³⁵ Este “deber” se ha incluido en el presente apartado en tanto que se ha considerado como un *deber* de los padres y madres. Es en el art. 215 establece el deber del padre y de la madre de corregir adecuada y moderadamente a sus hijos.

El mismo deviene en tanto también el autoridad parental se concibió a través de su historia como el ejercicio del poder, de la autoridad en el sentido del dominio de los padres hacia los hijos e hijas, y por tanto, la concepción de que éstos debía ser corregidos y cómo éste poder de corrección realmente, se encuentra vinculado a la concepción de corrección física, que realmente el mismo se deviene en el maltrato hacia las personas menores de edad.

Este se ha considerado como el ejercicio de la facultad de disciplina pero dicha concepción ha ido vinculada al empleo o uso de la fuerza como mecanismo de corrección. Actualmente, existe esta disyuntiva entre que continúe legislado el “*derecho de corrección*” o eliminar la misma en tanto está íntimamente relacionada a la violencia o maltrato que se ejerce sobre las

¹³⁴ Debemos recordar que siendo la educación uno de los fines del estado, es un derecho inherente a la persona humana, por lo que es obligación y finalidad primordial del estado su conservación, fomento y difusión.

¹³⁵ Documento base y exposición de motivos del Código de Familia Tomo II op. cit. p. 657. Entendiéndose que el deber de corrección puede ser ejercido directamente por los progenitores o indirectamente por los órganos de estado a petición de estos.

personas menores de edad y ya que los castigos se vuelven principalmente corporales y causan daño a niños, aunque, dentro de las legislaciones que lo contemplan, se establece un “uso moderado” lo cual viene también a ser objeto de revisión y crítica ya que habrá que preguntarle a cada padre y madre según su conocimiento o cultura, qué significa “moderado” y hasta dónde llega el control que se puede hacer sobre tales castigos o formas de corrección que implican generalmente el daño físico y psicológico hasta sexual de las y los menores de edad.

En este sentido, el Comité de los derechos del niño define el castigo "corporal" o "físico"¹³⁶ como todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve. En la mayoría de los casos se trata de pegar a los niños "manotazos", "bofetadas", "palizas", con la mano o con algún objeto -azote, vara, cinturón, zapato, cuchara de madera, etc. Pero también puede consistir en, por ejemplo, dar puntapiés, zarandear o empujar a los niños, arañarlos, pellizcarlos, morderlos, tirarles del pelo o de las orejas, obligarlos a ponerse en posturas incómodas, producirles quemaduras, obligarlos a ingerir alimentos hirviendo u otros productos por ejemplo, lavarles la boca con jabón u obligarlos a tragar alimentos picantes. El Comité opina que el castigo corporal es siempre degradante. Además hay otras formas de castigo que no son físicas, pero que son igualmente crueles y degradantes, y por lo tanto incompatibles con la Convención. Entre éstas se cuentan, por ejemplo, los castigos en que se menosprecia, se humilla, se denigra, se convierte en chivo expiatorio, se amenaza, se asusta o se ridiculiza al niño.

El Comité reconoce que la crianza y el cuidado de los niños, especialmente de los lactantes y niños pequeños, exigen frecuentes acciones e intervenciones físicas para protegerlos. Pero esto es totalmente distinto del uso deliberado y punitivo de la fuerza para provocar cierto grado de dolor, molestia o humillación. Cuando se trata de nosotros, adultos, sabemos muy

¹³⁶Observación General No. 8, Comité de los Derechos Niño, El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros), 42º período de sesiones (2006), U.N. Doc. CRC/C/GC/8 (2006). Los castigos no solo son físicos, sino también psicológicos, siendo estos últimos los que pueden dejar secuelas en la NNA.

bien distinguir entre una acción física protectora y una agresión punitiva; no resulta más difícil hacer esa distinción cuando se trata de los niños. La legislación de todos los Estados cuenta, explícita o implícitamente, con el empleo de la fuerza no punitiva y necesaria para proteger a las personas.

La LEPINA establece la protección frente al maltrato art. 38,¹³⁷ desarrollando el concepto de lo que se entenderá por maltrato, estableciendo en la misma que se trata de una acción u omisión que provoque o pueda provocar dolor, sufrimiento o daño a la integridad o salud física, psicológica moral o sexual de una niña, niño o adolescente, por parte de cualquier persona. En el mismo sentido el Art. 37 establece el Derecho a la integridad personal.

Desde la misma manera en cuanto a la segunda parte del art. 215, es contraria al Art. 38 de la LEPINA, pues resulta inconveniente la intervención judicial en temas de carácter disciplinario, ya que responden a la doctrina de la situación irregular que persigue judicializar asuntos asistenciales, convirtiéndose en caminos expeditos hacia el internamiento y demás medidas tutelares de los niños, niñas y adolescentes, sin formas ni garantías procesales.

Como se puede apreciar los textos legales suelen establecer criterios de medida o intensidad en el castigo, empleando términos como “castigos razonables”, “moderadamente”, “habitualmente”.¹³⁸

f) Asistencia:

Se refiere el art. 218 C F que los padres deben de asistir moral y económicamente a sus hijos involucrados en procesos penales de menores, y esto está en consonancia de las Convención sobre derechos del Niño.

¹³⁷La LEPINA establece que es obligación del Estado establecer políticas públicas y programas para la prevención, atención y erradicación del maltrato y el abandono.

¹³⁸ Esto resulta perjudicial dado el carácter discrecional del intérprete. En materia de daño y malos tratos hacia los niños, niñas y adolescentes, no hay medida de tolerancia, o se les maltrata o no se les maltrata, por lo que no debe haber permisividad alguna en esta materia.

g) Desamparo de hijo:

El Art. 219 C.F. hace referencia que el juez con la urgencia del caso confiara temporalmente el cuidado de un hijo cuyos padres hayan muerto o se encuentren en una enfermedad grave. Dicha disposición está comprendida en los supuestos del art. 124 de la LEPINA referido al acogimiento familiar, el cual es de aplicación preferente en la materia en consonancia.

h) Hijos ausentes del hogar:

El código de familia en el art. 220 se refiere a la asistencia en alimentos que cualquier persona pueda suministrarle a un hijo que se ausente del hogar, y que tendrá en todo caso el derecho a que se le restituya el valor de lo suministrado. La utilidad práctica de la norma, ya que no parece estar referida al supuesto del art. 212 (deber de convivencia), ni al del art. 216 (acuerdos sobre el cuidado personal), sino más bien a la obligación de alimentos. En todo caso, la fórmula empleada parece inspirada en la gestión de negocios, pues parece concedérsele más importancia al gasto hecho que a la situación de desprotección de la niña, niño o adolescente. Ante una situación similar resultaría más apropiado acudir a las Juntas de Protección de la Niñez y la Adolescencia, conforme a los arts. 159 y 161, letras a) y b).

2. 9 Relaciones de trato

Propiciar las relaciones paterno-filiales para el equilibrio emocional y completo desarrollo del hijo. La ausencia de estas relaciones y del trato constante repercute directamente en la psiquis lo que puede acarrear traumas permanentes en los niños.¹³⁹ Se trata del derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos progenitores, y del derecho que tienen éstos a mantener dichas relaciones con aquéllos, Estas relaciones las encontramos en la Convención sobre derechos del Niño en los Arts. 9.3 y 10.2, el código de familia lo desarrolla en el art. 217 y la Ley especial en el art. 79.

¹³⁹ Documento base y exposición de motivos del Código de Familia Tomo II op. cit. p. 660. Tal como lo expresa el documento, la ausencia de estas relaciones generan en los NNA daños permanentes de difícil superación

Se conoce en el derecho comparado por distintas denominaciones entre ellas: derecho de frecuentación, derecho a relaciones y trato, derecho de comunicación, derecho a tener contactos, derecho a visitas, encuentro familiar, derecho a convivencia familiar entre otros.

2.10 Representación legal

La falta de capacidad de obrar de los hijos trae como consecuencia la representación legal, ya sea por su condición de persona menor de edad o por incapacidad. Este tipo de representación tanto faculta como obliga y es una verdadera representación directa o abierta actuando en nombre del representado, y los de representación indirecta, actuando en su propio nombre. Esta actuación debe estar regida por el principio de interés del hijo.¹⁴⁰

Esta se refiere a la incapacidad civil de las personas menores de edad para ejercer ciertos derechos por sí mismos, la cual se suple a través de la representación legal de los progenitores que asumen por imperio de ley. En consecuencia, es un deber necesario, que abarca diferentes aspectos de aquellos actos jurídicos donde las personas menores de edad no pueden concurrir, a excepción de los que por ley se establezcan. Así como ejemplos frecuentes se pueden mencionar que la representación legal se ejerce cuando se suple el consentimiento del hijo, la autorización para salir del país, o implica un asentimiento como cuando este contrae matrimonio.

La representación de los hijos que se determina en el art. 223 C. F. se refiere a la naturaleza de los actos en los que se ejerce la representación de los hijos: civiles, mercantiles y administrativos (sustantivos y judiciales). La referencia a la exclusividad para representar legalmente al hijo o hija, en los casos que se confíe judicialmente el cuidado del mismo a uno de los progenitores, podría afectar la igualdad en el ejercicio de la autoridad parental, reconocida por la última parte del Art. 9 de la LEPINA. Al analizar esta disposición debe

¹⁴⁰ Documento base y exposición de motivos del Código de Familia Tomo II op. cit. p. 663. En cuanto a la representación legal de los hijos debe recordarse que en la actuación siempre debe operar el principio de interés del hijo.

tenerse presente la situación de excepción prevista en el Art. 210 C.F., el cual se refiere a la representación y administración en los casos de los progenitores menores de edad.

CAPITULO III

NORMATIVA INTERNACIONAL EN MATERIA DE SUSTRACCION

SUMARIO: 3.1 tratados internacionales en materia de sustracción vigentes en El Salvador 3.2 Convención sobre los derechos del niño 3.3 Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores 3.4 protección especial frente al traslado y retención ilícita 3.5 casos más frecuentes de la sustracción internacional 3.6 finalidad 3.7 características del traslado o retención ilícitos 3.8 definiciones especiales de derecho de custodia y de visitas 3.9 alcance del concepto de residencia habitual 3.10 aspectos relacionados con el NNA

3.1 Tratados internacionales en materia de sustracción vigentes en El Salvador

La norma fundamental de todo Estado de Derecho es la Constitución, y esta es la base de todo el ordenamiento jurídico secundario o especial, según el artículo uno de la Constitución *“El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y fin de la actividad del Estado... Asimismo reconoce a la persona humana desde el momento de la concepción...”*¹⁴¹ Lo que significa que toda actividad que realice el Estado estará enfocada a garantizar los derechos fundamentales para la existencia y desarrollo integral de cada persona, tanto en su fase individual como en sus relaciones sociales, en especial cuando se refiere a la institución de la familia. De los artículos 32 al 36, de la carta magna desarrollo lo relativo a la familia.

Con relación a los Tratados Internacionales el art. 144 de la Constitución establece que los Tratados Internacionales celebrados por nuestro país son leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de la Constitución. Y es precisamente en esta última que se regula las competencias para la celebración de los tratados, para su ratificación y el procedimiento.¹⁴²

¹⁴¹ SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de 19-VII96, Inc. I-92 en *Constitución y jurisprudencia Constitucional*, Rodolfo Ernesto González Bonilla compilador. Se señala que sobre la concepción personalista se entiende que la función del Estado es garantizar la libertad de cada individuo para permitirle que este realice libremente sus fines y la función del Estado es la organización y puesta en marcha de la cooperación social, armonizando los intereses individuales y colectivos con miras a obtener el bien común.

¹⁴² Por lo que no es preciso dictar legislación adicional para que las regulaciones de los tratados vigentes sean autoejecutables en El Salvador.

Los dos tratados internacionales que se analizarán son la Convención sobre Derechos del Niño, que está basada en la doctrina de la protección integral, como se ha señalado anteriormente, y la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores, que es el objeto principal de la investigación. La importancia de referirse a la Convención sobre derechos del niño en este apartado radica en que a pesar que la Convención de la Haya es anterior a la vigencia de la CDN, las normas de aplicación de la convención de la Haya deben analizarse a la luz de la doctrina de protección integral, es decir deben tomarse en cuenta todos los principios que desarrolla la CDN.

3.2. Convención sobre Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño,¹⁴³ es un marco normativo de carácter internacional y, obligatorio para los Estados que lo han suscrito, que tiene por finalidad principal que los niños y niñas tengan un pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el cual se debe de propiciar en el seno de la familia, la que les brindará un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

Los Estados determinaron que era necesaria la creación de un tratado, convenio o una declaración amplia sobre los derechos del niño, vinculante en virtud del derecho internacional¹⁴⁴. Tuvieron mucha importancia e influencia los informes sobre las situaciones en que vivían los niños: cuidado sanitario deficiente, limitadas oportunidades de educación básica, alta tasa de mortalidad infantil. Circulaban también rumores escandalosos sobre niños explotados en la prostitución o que eran objeto de abuso sexual, niños refugiados o víctimas de conflictos bélicos, explotación laboral, tráfico y trata de menores.

La aprobación por unanimidad de la Convención en la Asamblea General, fue el inicio para luego la etapa siguiente: la ratificación por los Estados y el establecimiento de un comité de

¹⁴³ La Convención está basada en diversos sistemas jurídicos y tradiciones culturales, está compuesta de una serie de normas y obligaciones.

¹⁴⁴ FESPAD, *Convención sobre los Derechos del Niño y Protocolos Facultativos Explicados*, 1ª Edición, Ediciones FESPAD, San -Salvador, 2005, p. 2. En estos informes se incluía por supuesto la sustracción o retención de un menor hacia otro Estado.

vigilancia. En septiembre de 1990, a menos de un año de la aprobación, 20 Estados habían sancionado jurídicamente la Convención, haciendo posible su entrada en vigor. La Convención es el instrumento de derechos humanos que más ratificaciones ha recibido en toda la historia. Esta amplia aceptación sirve para fortalecer el compromiso de los gobiernos nacionales respecto de la protección de los derechos de la infancia y la aceptación de su responsabilidad ante la comunidad mundial por el cumplimiento de ese compromiso.

La Convención permite que se garantice el respeto a los derechos de niñas, niños y adolescentes por parte de la familia, de la comunidad y el Estado, y planteándose que la misma “constituye la fuente divisoria de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia en América Latina. Antes de la convención, todas las legislaciones de menores se inspiraban sin excepción en los principios de la doctrina de la situación irregular...”¹⁴⁵. Las normas básicas, que se denominan también derechos humanos, establecen derechos y libertades mínimas que los gobiernos deben cumplir. Estas están basadas primordialmente en el respeto a la dignidad y el valor de cada individuo.

La CDN es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales a favor de la niñez. En 1989, los dirigentes mundiales decidieron que los niños y niñas debían de tener un instrumento especial destinado exclusivamente para este grupo de la población, ya que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especiales, que en este caso los adultos no necesitan, es en este sentido que los dirigentes querían también asegurar que el mundo reconociera que los niños y niñas tenían también derechos humanos.¹⁴⁶

¹⁴⁵ GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Legislaciones Infanto Juveniles en América Latina: modelos y tendencias, op. cit. p. 3-4. Sobre los principios de la doctrina de situación irregular hay que volver a lo planteado ya en el capítulo I.

¹⁴⁶ Fondo de Naciones Unidas para la Infancia Unicef en <http://www.unicef.org/spanish/crc/> visitada el 01 de noviembre de 2012. Si bien antes de la entrada en vigencia de la Convención habían esfuerzos para el reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, es mediante la misma, que se reconocen una serie de derechos fundamentales a esta población.

La Convención establece en cincuenta y cuatro artículos los derechos y tiene dos protocolos facultativos. Define los derechos humanos básicos que disfrutan los niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia, al desarrollo pleno, a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación, y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños, niñas y adolescentes.

La Convención protege y desarrolla los derechos de la niñez estableciendo unas líneas de acción en materia de atención de la salud, la educación y en general en la prestación de servicios como sociales, civiles y jurídicos. Los estados se comprometieron a proteger y asegurar los derechos de la infancia y aceptaron su responsabilidad ante la comunidad internacional; los Estados parte de la Convención están obligados a la estipular y llevar a cabo todas las acciones y políticas necesarias para proteger el interés superior del niño.

En este orden de ideas se puede señalar que los derechos afectados con la sustracción y retención ilícitas internacional de niños, niñas y adolescentes que contempla la Convención sobre derechos del mismo son: Derecho a las relaciones familiares, a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, a mantener relaciones personales y contactos directos con ambos padres de manera regular, a la reunificación familiar, a las visitas, a no ser trasladado o retenidos ilícitamente en el extranjero, a que se reconozca que ambos padres tienen respecto a la crianza y desarrollo del niño, a tener protección y asistencia estatal cuando están privados de su medio familiar y a ser adoptados cuidando de su interés superior. La jurisdicción de niñez y adolescente se ha referido en este sentido estableciendo que los derechos vulnerados con la sustracción o retención son: *“derecho a ser criado por su padre y su madre,*

a mantener relaciones de trato y comunicación con su padre y su madre (Art. 78 y 79 Lepina) y el derecho a la protección frente a la retención ilícita.”¹⁴⁷

Uno de los principios de la Convención es el llamado interés superior del art. 3, el cual opera como un mecanismo de control para la correcta aplicación de los objetivos convencionales, es por ello que a la luz de los convenios este principio se considera una línea interpretativa a la luz de las cuales todos los aplicadores o la autoridad responsable debe tomar sus decisiones más adecuadas. De esta manera se establecen las siguientes pautas: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada”.¹⁴⁸

El interés superior del niño y la niña, al estar plasmado de esta manera en la Convención, es un principio que ha sido elevado como norma fundamental, y que según lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, “es uno de los principios generales de la Convención,

¹⁴⁷ CAMARA ESPECIALIZADA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR Resolución interlocutoria Ref. 11/A/SA2/12-2 de fecha once de septiembre de 2012 en proceso de apelación por Restitución Internacional por Retención Ilícita.

¹⁴⁸ Este artículo 3 de la Convención sobre derechos del niño, se encuentra relacionado directamente con el otro principio rector que es el de Prioridad Absoluta, ya que en la adopción de cualquier decisión pública o incluso privada se debe tomar en cuenta prioritariamente a las niñas, niños y adolescentes. Este que es un principio de interpretación significa sencillamente que la niñez esta primero, es decir que al existir un conflicto entre intereses de esta población frente a interés igualmente legítimos de los adultos, prevalen los de los niños.

llegando a considerarlo como principio “rector-guía de ella”¹⁴⁹. Por lo que, deberá entenderse el concepto de “interés superior de la persona menor de edad” como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y, entre ellos, el que más conviene en una situación histórica determinada”¹⁵⁰

En esta lógica, la Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia de San Salvador, se ha pronunciado respecto a la temática en comento, al prescribir que *el “Es lamentable que se use el principio del interés superior de la niñez y adolescencia a la vieja usanza de ser una mera declaración, o frase bonita para sustentar afirmaciones incorrectas como la que hace en el romano IX de su decisión...de acuerdo al art. 12 de la LEPINA, ya no se puede utilizar en la forma anotada, sino que ahora el artículo en mención pone de manifiesto una serie de parámetros que nos ayudan a entender cuando en una situación estaremos ponderando o no los derechos de una niña, niño o adolescente. Así, la opinión del niño, niña o adolescente, su calidad de sujeto de derechos, la opinión de su padre y de su madre, y la máxima de tutelar más derechos por el mayor tiempo y restringir menos derechos y por el menor tiempo, nos ayudan con más claridad a determinar en los casos concretos cuando cumplimos o no con dicho principio”*.¹⁵¹

Es *“aquel interés perteneciente a toda persona menor de edad, por virtud de cuya obediencia y observancia toda persona, y especialmente todo agente que deba ejecutar acciones o aplicar normas o procedimientos de cualquier tipo, tendrá que hacer prevalecer las*

¹⁴⁹ CILLERO BRUÑOL, Miguel El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. pp.45-.62 Justicia y derechos del Niño, UNICEF Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay MINISTERIO DE JUSTICIA, primera edición 1999, en http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf

¹⁵⁰ Weinberg Inés M., Convención sobre los Derechos del Niño. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2002 p. 104. Al referirse al interés superior del menor, debemos recordar que existe acuerdo generalizado que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado y que su aplicación en concreto es el que lo llena de contenido. Por eso para esta autora es importante en su concepción, la situación histórica determinada.

¹⁵¹ CÁMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: San Salvador, a las catorce horas del día veinte de julio del año dos mil once. Así se encuentra en la resolución del recurso de Apelación, en el expediente clasificado con el número referencia 4/A/SA1/11-1, al hacer referencia al contexto del principio de interés superior del niño dentro del sistema de protección integral.

*condiciones que favorezcan la vida y el entorno del niño, la niña o adolescente y tener presente que se trata de un ser humano en etapa de formación y preparación para una vida independiente y responsable”.*¹⁵²

Se refiere por tanto, a esa consideración especial que debe atenderse como un elemento fundamental, como un marco de objetividad, con la finalidad de proteger a la persona menor de edad y en miras a que se logre un pleno desarrollo. Por esta razón, su utilización depende de circunstancias específicas atendiendo a ella los órganos especiales de su aplicación, que tienen la obligación de descubrir cuál será en cada caso concreto, la línea de acción que conlleve a la defensa de ese interés superior del niño o niña.

De la misma manera la LEPINA, en su art. 12 establece el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente: “ *En la interpretación, aplicación e integración de toda norma; en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías.*”¹⁵³

En conclusión, se debe tomar en cuenta que la niñez tiene derechos fundamentales y que los mismos deben ser respetados, que cuando se plantea el interés superior de la niña, niño o adolescente, se realiza con miras a sopesar las circunstancias de hecho y determinar de qué manera los derechos de éstos se representan de mejor manera y puede recibir mayor protección.

¹⁵² CORRALES VALDERDE, Oscar. Niñez y Adolescencia. En González Oviedo Mauricio y Vargas Ulate Elieth, compiladores. Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Antología. Ediciones CONAMAJ, Escuela Judicial y UNICEF. San José, Costa Rica, 2001 p. 439. En http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf, visitado el 05 de noviembre de 2012.

¹⁵³ BAIZ VALERA, Yuri Emilio *op. cit.* p. 146 -155. La lepina al igual que otras legislaciones latinoamericanas y del Caribe, ha dedicado un extenso texto que califica de obligatorio cumplimiento a este principio para la aplicación, interpretación e integración en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas.

3.3. Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Esta Convención fue sancionada el día 24 de octubre de 1980, en el marco de la 14° Sesión Plenaria de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, mediante el voto unánime de los países presentes.¹⁵⁴

La Convención pretende la protección de los NNA frente a situaciones de traslado y falta de restitución, y, al mismo tiempo, al respeto de las relaciones jurídicas subyacentes a dichas situaciones. A estos últimos efectos, la normativa dispone que la decisión que se adopte respecto de la restitución, no afectara a la cuestión de fondo concerniente al derecho de custodia, es decir al cuidado personal.

La sustracción de niñas, niños y adolescentes, surge tras las numerosas afectaciones al ejercicio de la custodia o cuidado personal, tal y como previamente lo han convenido los propios progenitores o lo ha dispuesto un juez, han ido en constante aumento desde hace ya más de treinta años; lo mismo sucede con el derecho que tienen los progenitores que no ostentan el cuidado personal a relacionarse y tener trato con sus hijos, derecho violado y desconocido con considerable frecuencia por los progenitores que tienen atribuida la custodia de los hijos, y que se aprovechan de ello para separarlos del otro. Estos problemas, lejos de desaparecer iban en constante aumento, siendo los más afectados los propios hijos, quienes se ven sometidos a presiones familiares indebidas, que dejan su huella en ellos. Las afectaciones a los hijos en este tipo de procesos son tanto en lo psíquico como en lo físico y, a veces, de manera irreversible.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Nuestro país aprobó internamente el mencionado instrumento a través del Acuerdo Ejecutivo No. 974, de fecha 28 de agosto de 2000, D.L. No. 169, de fecha 19 de Octubre de 2000, publicado en el D.O. No. 217, tomo 349, de fecha 20 de Noviembre de 2000. Adhesión a la Conferencia de la Haya el 5 de febrero de 2001, vigente con otros países suscriptores a partir del 1 de mayo de 2001.

¹⁵⁵ BARRIOS Haydee Guadalupe, Ponencia "*Restitución nacional e internacional. Autorizaciones de viaje*" 28 de enero de 2010. Escuela de Capacitación Judicial El Salvador Las consecuencias para los niños sustraídos explicaba la ponente son irreversible muchas veces.

La necesidad de combatir esta afectación al derecho de los niños, niñas y adolescente a vivir, ser criados y relacionarse con ambos progenitores, le ha conferido cada vez más importancia práctica al tema de la restitución, y a la normativa que lo regula, la cual, a pesar de tener una data anterior a la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, su interpretación debe basarse en los principios que sirven de fundamento a la doctrina de la Protección Integral.

La Convención relativa a los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores fue adoptado el veinticinco de octubre de mil novecientos ochenta, en sesión plenaria, por el decimocuarto período de sesiones de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, por unanimidad de los Estados presentes en ese momento.¹⁵⁶

En dicha ocasión la Conferencia de la Haya se apartó de su práctica habitual, ya que, la sesión plenaria fue celebrada el veinticuatro de octubre de mil novecientos ochenta, porque los proyectos de convenios aprobados en el decimocuarto período de sesiones se abrieron a la firma de los Estados inmediatamente después de la sesión de clausura, es por ello que el convenio lleva la fecha del veinticinco de Octubre del mismo año.

En nuestro país se ratifica dicho convenio el día cinco de febrero del año dos mil uno, constituyéndose a partir de esa fecha en Ley de la República y cuya vigencia de acuerdo a las normas especiales del convenio es a partir del uno de mayo de dos mil uno.

La Convención de la Haya se identifica con el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de Luxemburgo el 20 de mayo de 1980. Los trabajos Europeos se remontan a 1972 y el texto fue adoptado por el Comité de Ministros desde noviembre de 1979, proyectos que estaban concluidos antes de que se reuniera la

¹⁵⁶ Entre estos países tenemos: Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza, Checoslovaquia, Venezuela y Yugoslavia. Los representantes de la República Árabe de Egipto, Israel e Italia, aunque tomaron parte activa en los trabajos de la primera comisión, contó asimismo con el valioso acuerdo de los observadores del Consejo de Europa del Commonwealth Secretaría y del Servicio Social Internacional.

comisión especial que elaboró el anteproyecto del convenio en el seno de la Conferencia de la Haya.¹⁵⁷ Los trabajos preparatorios que sirvieron de base al convenio de la Haya son diferentes a los del Consejo Europeo, ya en el primero se parte de la existencia de algún tipo de decisión con respecto a la custodia de la persona menor de edad, por lo que debe existir este requisito previo de custodia o decisiones con respeto al derechos de guarda y visitas para que sean considerados como ilícitos el desplazamiento o retención.

Los expertos de la Haya habían concluido que en muchos casos los traslados se producían antes que se dictaran las resoluciones relativas a esos aspectos y que esto era justamente lo que motivaba el traslado.

3.4 Protección especial frente al traslado y retención ilícitos

Las amenazas y vulneración de derechos por parte de padres, madres u otros familiares hacia niños, niñas y adolescentes ocasionada por el problema social del traslado, sustracción y retención de esta población, es único y responde a causas específicas como son los conyugues de diversos territorios, la violencia intrafamiliar, entre otros. Sin embargo, la evolución de las sociedades que ha traído consigo la era global y sus múltiples cambios sociales, tecnológicos y en los sistemas jurídicos, han creado condiciones propicias para su desarrollo y proliferación, siendo la búsqueda de alternativas jurídicas para la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes un tema fundamental en la doctrina de la protección integral.

La doctora Haydee Barrios expreso que *“las numerosas afectaciones al ejercicio de la custodia, tal y como previamente lo han convenido los propios progenitores o, lo ha dispuesto*

¹⁵⁷ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Ponencia de PÉREZ VELA, Elisa. *Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de menores, de 25 de octubre de 1980. p.5.* En http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Ponencia_Dra_Perez_Vera.pdf sitio visitado el día dos de febrero de 2012. En este contexto se explican el esfuerzo realizado por los redactores del Convenio de La Haya para encontrar un enfoque original que evitara solapamientos que, en el mejor de los casos, harían en buena medida superfluo uno de los dos textos en la elaboración.

un juez, han ido en constante aumento desde hace ya más de treinta años. Lo mismo sucede con el derecho que tienen los progenitores no custodios a relacionarse y tener trato con sus hijos, derecho que se ve desconocido y violado con considerable frecuencia por los progenitores que tienen atribuida la custodia de los hijos, y se aprovechan de ello para separarlos del otro".¹⁵⁸ Este fenómeno como lo expresa la autora va en constante aumento, lo que implica que se debe buscar mecanismos apropiados para restituir de manera inmediata estos derechos.

José Carlos Arcagni expresa: *"La realidad doméstica de los fracasos matrimoniales, ya de por sí conflictiva, se agrava cuando el matrimonio posee contactos con diversos territorios. La facilidad y celeridad del transporte internacional independiente, facilitan el traslado de las personas, resultando normal la existencia de matrimonios entre cónyuges de diversas culturas, domicilios de origen lejano, como la migración hacia otros países en búsqueda de mejores condiciones de vida. Ante el conflicto matrimonial el padre o madre desean retornar al país de su nacimiento o donde tenía su anterior domicilio, llevándose consigo a los menores bajo su tenencia (custodia). El desconocimiento de ese traslado por parte del otro cónyuge o su oposición configuran el fenómeno de la sustracción"*¹⁵⁹. Estos son unos de las causales que provocan la sustracción de NNA.

En la práctica y cotidianidad, las situaciones de traslado, sustracción y retención se desarrollan por conflictos específicos generados por los integrantes del grupo familiar, que van desde, la violencia intrafamiliar o violencia doméstica; violencia hacia las mujeres en sus diversas dimensiones; maltrato psicológico, físico o sexual hacia los integrantes del grupo familiar; hasta diferencias personales en relación de estilos de crianza; condiciones

¹⁵⁸ BARRIOS Haydee Guadalupe, Ponencia *"Restitución Nacional e Internacional. Autorizaciones De Viaje"*. Escuela de Capacitación Judicial El Salvador. 28 de enero de 2009. La ponente expresaba que tanto el problema de afectación del derecho de custodia, como el de visita, lejos de desaparecer van en constante aumento, y que los más afectados hijos, ya que se ven sometidos a presiones familiares indebidas, que dejan su huella en ellos, pues los afecta tanto en lo psíquico como en lo físico.

¹⁵⁹ ARCAGNI, José Carlos Revista La Ley, No 153, p.1 10/08/95. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales. Instituto Interamericano del Niño IIN. Organización de Estados Americanos OEA.

económicas; apego afectivo patológico hacia los niños, niñas y adolescentes involucrados, dentro de los miembros de la familia nuclear o ampliada, los que generan esta problemática social.

En este sentido la doctora Elisa Pérez Vela, remarca esta situación exponiendo que *“ante el traslado de un menor fuera de su entorno habitual, en el que se encontraba bajo la responsabilidad de una persona física o jurídica que ejercía sobre él un derecho legítimo de custodia. Por supuesto, es preciso asimilar a semejante situación la negativa a devolver al menor a su entorno, tras una estancia en el extranjero, consentida por la persona que ejercía la custodia”*¹⁶⁰. Lo que es evidente ya que el vulnerador del derecho tratara de aprovechar la estancia del NNA en el extranjero buscara que no sean efectivas las acciones de reclamación por el tiempo y la ventaja que tiene de influenciar al NNA.

Se puede determinar de esta manera que el conflicto familiar relacionado a las desavenencias del derecho de custodia o visita es uno de los principales factores sociales que ha enfatizado a la problemática de la sustracción y retención ilegal de niños, niñas y adolescentes, buscando el sustractor crear una situación fáctica que determine que ya no sean efectivas las reclamaciones que para conseguir el retorno pueda hacer valer el otro progenitor, olvidando que los principales afectados en esta situación son los niños, niñas y adolescentes involucrados.

En consecuencia la proliferación de los traslados, las retenciones irregulares de niños, niñas y adolescentes de un Estado a otro, provocados por sus progenitores u otros familiares, como producto de los conflictos familiares nucleares o ampliados, va en aumento creciente,

¹⁶⁰ PÉREZ VELA, Elisa, *“Informe Explicativo de Dña Elisa Pérez-Vela”* p. 3. Este es un texto destinado a convertirse en derecho positivo, es decir en un texto que deberá ser invocado y aplicado, debe cumplir al menos dos objetivos fundamentales. Por un lado, el Informe debe poner de manifiesto de la forma más fiel posible los principios en los que se basa el Convenio y, cuando resulte necesario, la evolución de las ideas que han llevado a consagrar ciertos principios de entre las distintas opciones existentes. No se trata ciertamente de hacer constar de forma exhaustiva las posiciones adoptadas a lo largo del proceso de elaboración del Convenio, pero el punto de vista que en él se consagra será a veces más fácil de entender si se compara con otras ideas consideradas en diversos momentos.

agravándose esta problemática social cuando las retenciones de niños, niñas y adolescentes tienen lugar en un país diferente de aquel en que reside el otro progenitor. *“La necesidad de combatir esta afectación al derecho de los niños, niñas y adolescente a vivir, ser criados y relacionarse con ambos progenitores, le ha conferido cada vez más importancia práctica al tema de la restitución, y a la normativa que lo regula, la cual, a pesar de tener una data anterior a la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, su interpretación debe basarse en los principios que sirven de fundamento a la doctrina de la Protección Integral”* ¹⁶¹.

Las niñas, niños y adolescentes víctimas de sustracción enfrentan graves riesgos y peligros, no solo emocionales sino, también físicos, ya que, por lo general estos son obligados a mantener identidades falsas, a cambiar de domicilio frecuentemente y por ello, sufren de privación de la educación y atención médica necesarias.

Es por ello que es de suma importancia que estos niños, niñas y adolescentes sustraídos o retenidos de manera ilegal sean restituido nuevamente lo más rápido posible hacia el país que tenía su residencia habitual o lugar de arraigo, es decir al lugar donde tiene sus amigos, su familia, su escuela, su idioma, entre otros para que la entidad competente en dicho país los que resuelvan lo relativo a la responsabilidad parental, la custodia y visitas.

Siendo coherente con la normativa internacional El Salvador desde la normativa especializada desarrolla en su artículo 43 lo relativo a la protección especial frente al traslado y retención ilícitos, lo cual tiene como marco de referencia fundamental la mencionada Convención de la Haya, lo cual es importante considerar para la correcta interpretación del art. 43 citado.¹⁶²

¹⁶¹ BARRIOS Haydee Guadalupe op. cit. Es por esta razón que el principio que debe orientar las decisiones del juez que conoce de los procesos de sustracción es el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, ya que en definitiva los más afectados son ellos y a veces de manera irreversible.

¹⁶² BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, *Ley de Protección Integral de la Niñez y adolescencia comentada de El Salvador* op. cit. p. 266. Esto es así porque es la Convención de la Haya es considerado como el marco y mandato en la toma de medidas por parte del Estado para logra la reintegración familiar del NNA que se encuentre sustraído o retenido ilícitamente.

El tipo legal previsto en la norma prevé la prohibición de traslado y retenciones que las califica como ilícitos a pesar que hayan tenido como origen el ejercicio de la responsabilidad parental, la guarda o cuidado personal, el régimen de visita o las normas sobre autorización para salir del país, ya que como menciona Yuri Emilio Buaiz Valera, “*si el traslado se ha dado en razón de un viaje temporal, aun acordado con las previsiones de ley, se considera ilícita la retención por mayor tiempo del autorizado, o cuando se retiene a la niña, niño o adolescente en un país distinto al de su domicilio o residencia habitual, infringiendo la custodia que en principio fue acordada*”¹⁶³

El objetivo primario de la disposición está dirigido a la reintegración familiar, siendo el titular del derecho el NNA sustraído o retenido, considerado como parte integrante de una familia determinada. Esta forma de protección especial, siempre va dirigida a la protección que el estado hace la familia que como ya se desarrolló en el capítulo II de la investigación es de carácter constitucional y los derechos de los NNA.

3.5. Casos más frecuentes de la sustracción internacional

Las condiciones familiares en cada caso de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes varían, entre las que tenemos: que el niño viva con ambos padres, con uno solo, que los padres estén separados o aún divorciados, que exista un régimen de visitas, que uno de los padres viva en el extranjero, que el niño/a o adolescente tenga contacto regular con el sustractor, o que apenas lo conozca, en todo caso, la sustracción o retención ilegal son la culminación de una serie de conflictos y discusiones entre la pareja u otro persona y en la cual el NNA es el más perjudicado.

¹⁶³ BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, *Ley de Protección Integral de la Niñez y adolescencia comentada de El Salvador* pp. 266-267. El autor señala que se está en presencia de una retención ilícita cuando se ha infringido el plazo por el cual se había acordado la autorización de salida del país y no se ha retornado al NNA al país de su residencia habitual.

Las hipótesis más frecuentes de casos en los que se presentan situaciones de sustracción según ha establecido la Licda. Adriana Canales Pérez, magistrada de la Tercera Sala Familiar del Tribunal Supremo de Justicia del Distrito Federal están relacionadas a:¹⁶⁴

La familia se encuentra integrada formalmente, pero descarta en la intimidad por lo que uno de los progenitores decide salirse del domicilio que habitualmente ocupa y se lleva consigo a los hijos.

1. Existe una resolución que contiene una declaración judicial respecto a la custodia uniparental del menor, lo que trae necesariamente aparejada la regulación de las visitas entre el niño y su progenitor que no detente la custodia, y es precisamente éste quien decide retener al menor y no regresarlo al lado de quien tiene la custodia judicialmente decretada, en ambos supuestos existe un domicilio familiar.

2. La situación especial de que existe una resolución judicial que otorga la custodia a un progenitor pero las visitas al otro, y quien detenta la custodia legal impide el ejercicio de visitas, situación totalmente novedosa y que está previsto el cambio de custodia a favor del progenitor privado del derecho de visitas.

3. Alguno de los padres traslada al extranjero al niño sin haber autorizado el viaje el otro progenitor (en los casos que ésta resultara necesaria, de acuerdo a la ley del Estado de la residencia habitual del hijo o hija)¹⁶⁵, como es el caso de nuestro país, que para la autorización de salida del país de los hijos menores de edad necesitan la autorización de ambos padres.

¹⁶⁴ CANALES PEREZ, Adriana *Conferencia para el Instituto de investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México*. 2005. En <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-176s.pdf> visitada el día quince de enero de dos mil trece p. 1.

¹⁶⁵ BARRIOS Haydee Guadalupe, op. cit. Se señala que estos casos de sustracción ocurren frecuentemente ya que la mayoría de las familias en la actualidad tienen parientes en el extranjero y aprovechan esta circunstancia para sustraer a los niños.

4. El niño sale del país legalmente, pero en lugar de regresar a su residencia habitual se lo retiene en el extranjero, violando los derechos de custodia de una persona o institución.¹⁶⁶

Las situaciones de sustracción internacional de NNA generalmente son producto de los excesos de padres, madres u otros familiares cercanos en el ejercicio de sus derechos en relación a NNA, cada caso se presenta como una realidad en particular en la cual la restitución lleva consigo la restitución de derechos fundamentales para esta población con el objetivo primordial de garantizar su desarrollo integral en el país de su residencia habitual.

3.6 Finalidad

Este instrumento convencional tiene por objetivo primordial conforme al Art. 1 dos situaciones: a) Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos ilícitamente en un Estado Contratante y b) Velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en un Estado Contratante se respeten en los demás Estados Contratantes.

El informe explicativo de la Doctora Elisa Pérez Vela afirma *“dado que un factor característico de las situaciones consideradas, reside en el hecho de que el sustractor pretende que su acción sea legalizada por las autoridades competentes del Estado de refugio, un medio eficaz de disuadirle, consiste en que sus acciones se vean privadas de toda consecuencia práctica y jurídica. Con la finalidad de alcanzar este objetivo, el Convenio consagra en primer lugar entre sus objetivos el restablecimiento del statu quo mediante la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de forma ilícita en cualquier Estado contratante”*.¹⁶⁷

El mismo informe explicativo señala que el segundo objetivo que establece el art. 1 del mencionado Convenio y que se encuentra recogido en el punto b), es *“velar por que los*

¹⁶⁶ BARRIOS, Haydee Guadalupe, op. cit. según la expositora otra de las causas son los matrimonios que se daban en las diferentes culturas.

¹⁶⁷ PÉREZ VELA, Elisa, *“Informe Explicativo de Dña Elisa Pérez-Vela”* op. cit. p. 4. La restitución inmediata de los niños sustraídos o retenidos ilícitamente es uno de los objetivos principales del Convenio de sustractor, lo que impediría al sustractor obtener decisiones favorables del estado de refugio.

derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados Contratantes se respeten en los demás Estados contratantes" presenta un carácter autónomo, su relación teleológica con el objetivo "retorno del menor" no es por ello menos evidente. En realidad, se podría estimar que se trata de un único objetivo considerado en dos momentos distintos: mientras que el retorno inmediato del menor responde al deseo de restablecer una situación que el secuestrador modificó de forma unilateral mediante una vía de hecho, el respeto efectivo de los derechos de custodia y visita se sitúa en un plano preventivo en la medida en que dicho respeto debe hacer desaparecer una de las causas más frecuentes de las sustracciones de menores.”¹⁶⁸

No es posible establecer una jerarquía entre los dos objetivos, ya que los mismos son complementarios, ya que facilitar el retorno de un menor desplazado, viene a ser lo mismo que tomar las medidas adecuadas para evitar el incumplimiento de los derechos de guarda que lleva a su desplazamiento.¹⁶⁹ En ese orden de ideas se puede afirmar que en este artículo primero del convenio queda establecido dos aspectos, uno la protección de la persona del menor al establecer la garantía de restitución inmediata, aunque como veremos más adelante este objetivo no siempre se puede cumplir, aquí se ve reflejado el interés superior del menor ya que la restitución inmediata se representa en beneficio de mismo. El segundo aspecto es otorgar facilidades en el reconocimiento de las decisiones judiciales.

Es decir que en otros términos se puede afirmar o considerar que el objetivo que persigue el convenio es evitar el mal uso de los derechos de guarda, custodia y visita o el uso fraudulento,

¹⁶⁸ PÉREZ VELA, Elisa, “Informe Explicativo de Dña Elisa Pérez-Vela” op. cit. p. 4 Se ha señalado que el convenio cumple dos objetivos como se ha referido, el primero referido al retorno inmediato del NNA a su país de residencia habitual y el segundo el respeto del derecho de custodia y de visita vigente en uno de los estados, pero como lo señala la autora, es último objetivo es de carácter preventivo en la medida que al respetarse el derecho se evitara la sustracción de la persona menor de edad.

¹⁶⁹ BENGOCHEA GOMEZ, Blanca *Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 1980. Colección de Monografías de derecho Civil I personas y Familias* Editorial Dykinson Madrid 2002 p. 40. El Convenio se ha esforzado en resolver el problema de los menores sustraídos o retenidos ilícitamente para evitar consecuencias más graves como que se consolide la nueva residencia del menor.

desde el convenio se establece la necesidad de diferencia sobre la sustracción y los derechos de visita.

En este sentido la Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia con sede en San Salvador, se ha pronunciada al respecto estableciendo: *“De acuerdo al Art. 1 del Convenio la finalidad del mismo es doble: Por una parte, garantizar la restitución inmediata de niños, niñas o adolescentes trasladados o retenidos de forma ilícita, y, por otro lado, velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en los Estados parte se cumplan”*¹⁷⁰ En este sentido la Cámara deja claro que no se trata de un proceso para establecer custodia, de la siguiente manera: *“Es decir, no se puede estar discutiendo, a través de los mecanismos establecidos por el convenio, el establecimiento de un derecho de custodia o de un derecho de visitas, tal como se le llama a éste en el mismo, pues ello desnaturalizaría la finalidad por la que fue diseñado el convenio. Ello deberá discutirse y establecerse de acuerdo a las exigencias normativas de cada Estado parte, y sólo su incumplimiento o no ejercicio efectivo posibilitará en el futuro la determinación de un traslado o retención como ilícitos.”*¹⁷¹ En este aspecto concluye la Cámara que el cometido del convenio *“será garantizar el cumplimiento efectivo de dichos regímenes, calificando como ilícitos aquellos actos de personas o instituciones que tiendan a restarle eficacia a los mismos, afectando el derecho de los niños, niñas y adolescentes.”*

3.7 Características del traslado o retención ilícitos

El derecho del niño a permanecer con su familia, se ve afectado cuando se le impide ese derecho, ya sea por desplazamiento o por retención ilícita. Es decir ocurre la vulneración al

¹⁷⁰ CÁMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR Ref. 1/A/SS2/12-1. Sentencia de Restitución Internacional Inmediata del fecha veintinueve de febrero del año dos mil doce. Esta sentencia fue la primera pronunciada por la mencionada Cámara en un proceso de Sustracción Internacional, por ello se esfuerzan en delinear algunas conceptos de la Convención en estudio.

¹⁷¹ CÁMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR Ref. 1/A/SS2/12-1. Es claro que el Convenio deja establecido que a través del mismo no se estarán discutiendo cuestiones de custodia, y la cámara lo retoma de esta manera.

derecho cuando se quebranta el derecho de custodia o de visita. La convención presupone dos hipótesis al ejercicio del derecho de restitución del menor:

1) Retención: que la persona a quien se confió la custodia provisional para que recibiera la visita de un niño, niña o adolescente, se exceda en el plazo máximo que fue fijado, lo que se traduce en el incumplimiento de la obligación de regresar al menor al lugar de su residencia habitual y con la persona que ejerce la custodia o cuidado personal permanente.

2) Sustracción o desplazamiento: que el menor sea desplazado fuera del lugar de su residencia habitual y sea cometido de "facto" a cargo de quien carece de la custodia permanente e incluso temporal.¹⁷²

El art. 3 exige dos condiciones para considerar ilícito la sustracción o la retención de un menor: que tenga lugar en violación del derecho de custodia atribuido a una persona o institución -sola o conjuntamente- por la legislación del Estado en que el menor tuviere su residencia habitual, inmediatamente antes de tal desplazamiento o retención; que tal derecho de custodia fuera ejercitado efectivamente al momento del desplazamiento o retención, o lo habría sido si tales acontecimientos no hubieran ocurrido.

El derecho de custodia puede haber sido atribuido de pleno derecho o resultar, de una decisión jurisdiccional o administrativa, de un acuerdo entre partes vigente en el estado de la residencia habitual, celebrado conforme la legislación del mismo.

a) Observaciones generales

La aplicación del art. 3, constituye una cuestión clave en el convenio, ya que el mismo condiciona el inicio de los mecanismos convencionales con la finalidad del retorno del menor. En vista que el Convenio sólo impone la obligación de devolver al menor cuando ha habido un

¹⁷² PEREZ NIETO CASTRO, Leonel y JORGE ALBERTO Silva Silva, *Derecho Internacional Privado Parte especial*, segunda edición, Oxford University Press 2005 p.307. Los autores expresan que el quebrantamiento de los derechos de custodia y visita, supone a la vez como ya se ha expresado un incumplimiento al derecho de integración de su familia y seguridad.

traslado o un no retorno considerado como ilícitos por el mismo. Se señala como requisitos que debe cumplir una situación para que su alteración unilateral pueda ser calificada de ilícita, poniendo de manifiesto de esta manera indirectamente las relaciones que el Convenio pretende proteger; dichas relaciones están basadas en un doble elemento: “*primero, la existencia de un derecho de custodia atribuido por el Estado de la residencia habitual del menor; segundo, el ejercicio efectivo de dicha custodia, antes del traslado.*”¹⁷³

b) El elemento jurídico:

El elemento denominado elemento jurídico de las situaciones consideradas, las relaciones que el Convenio pretende defender son aquellas que ya están protegidas, en principio por la apariencia de un título válido sobre el derecho de custodia, en el Estado de la residencia habitual del menor; es decir por el derecho del Estado en el que dichas relaciones se desarrollaban antes del traslado. Esta afirmación demanda algunas precisiones sobre dos puntos concretos. El primer aspecto se refiere al derecho cuya violación determinada existencia de un traslado o no retorno ilícitos, de acuerdo con el convenio. Se trata, como se acaba de decir, del derecho de custodia.¹⁷⁴

El segundo aspecto, se refiere al derecho elegido para apreciar la validez inicial del título invocado. El concepto de residencia habitual que desarrolla el convenio difiere del concepto de domicilio, la elección del derecho de residencia habitual como criterio determinante de la

¹⁷³ PÉREZ VELA, Elisa, “*Informe Explicativo de Dña Elisa Pérez-Vela*” op. cit. p. 17 Las relaciones que el convenio pretende proteger deben de estar basada en ese doble elemento, ya que no solo basta que el derecho de custodia, sino que este debe tenerse previo al traslado o retención el ejercicio efectivo del mismo.

¹⁷⁴ *Ibídem* p. 19 En el informe se señala que, en efecto, aun cuando en el transcurso del Decimocuarto período de sesiones se plantearon los problemas que pueden derivarse de la violación de un derecho de visita, sobre todo cuando el titular de la custodia trasladada al menor al extranjero, la opinión mayoritaria fue que no se puede asimilar dicha situación a los traslados ilícitos que se intentan prevenir. Este ejemplo, y otros similares en los que la violación del derecho de visita altera notablemente el equilibrio de la situación establecida por una resolución, son ciertamente la prueba de que las resoluciones relativas a la custodia de los menores deberían ser siempre susceptibles de revisión. Pero tal problema escapa al esfuerzo de coordinación emprendido por la Conferencia de la Haya; se habría llegado a resultados discutibles si, a través de la igual protección concedida a los derechos de custodia y de visita, la aplicación del Convenio hubiese conducido, en el fondo, a la sustitución de los titulares de uno por los titulares del otro.

legalidad de la situación transgredida por la sustracción, es lógica. Siendo que el convenio no trata de decidir definitivamente la custodia de los menores, por lo cual su ámbito es limitado. La invocación del derecho de la residencia habitual debe ser amplio por eso el apartado dos del artículo tres menciona algunas fuentes a manera de ejemplificación no taxativas, entiendo entonces que pueden haber otros títulos no recogidos en el texto.

La primera fuente a que se refiere a que la custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho. Aquí se pone de manifiesto uno de los rasgos característicos del Convenio, en concreto su aplicabilidad a la protección de los derechos de custodia ejercidos antes de cualquier resolución en la materia.¹⁷⁵ *“En cuanto a saber cuál es, según el Convenio, el sistema jurídico que puede atribuir el derecho de custodia que se desea proteger, la custodia ex lege podrá basarse o en la ley interna del Estado de la residencia habitual del menor o en la ley designada por las normas de conflicto de dicho Estado. La aplicación de la primera opción es totalmente clara; en cuanto a la segunda, implicaría por ejemplo que el traslado, por su padre francés, de un hijo natural que tuviese su residencia habitual en España donde vivía con su madre, siendo ambos de nacionalidad francesa, también debería ser considerado como ilícito de acuerdo con el Convenio, mediante aplicación de la ley francesa designada como competente por la norma de conflicto española en materia de custodia y al margen de que la aplicación de la ley interna española hubiese probablemente desembocado en otra solución.”*¹⁷⁶

¹⁷⁵ PÉREZ VELA, Elisa, *“Informe Explicativo de Dña Elisa Pérez-Vela”* op. cit. p. 19. El punto es importante dado que no se puede ignorar que, desde el punto de vista estadístico, los casos en los que el menor es trasladado antes de que se haya dictado una resolución respecto a su custodia son bastante frecuentes. Por lo demás, en tales situaciones, las posibilidades existentes al margen del Convenio de que el padre desposeído pueda recuperar al menor son casi nulas, salvo que recurra a su vez a vías de hecho siempre perjudiciales para el menor. A este respecto, al incluir estos casos en su ámbito de aplicación, el Convenio ha progresado de forma significativa en la solución de problemas reales que anteriormente escapaban en gran medida a los mecanismos tradicionales del derecho internacional privado.

¹⁷⁶ PÉREZ VELA, Elisa, Informe explicativo p. 19 Este es uno de los ejemplos que la autora desarrolla en el informe explicativo.

La segunda fuente de derecho de custodia, es la existencia de una resolución judicial o administrativa. El Convenio no añade ninguna precisión, por lo que se entenderá que el término "resolución" se utiliza en su sentido más amplio, cubriendo cualquier resolución o elemento de resolución ya sea, judicial o administrativa en relación con la custodia de un menor y, por otra parte, que las resoluciones en cuestión pueden haber sido dictadas tanto por los tribunales del Estado de la residencia habitual del menor como por los de un tercer Estado. Es cuanto a esta circunstancia, es decir, cuando el derecho de custodia se ejercía en el Estado de la residencia habitual del menor sobre la base de una resolución extranjera, el Convenio no exige que haya sido formalmente reconocida. Para los efectos considerados, debe bastar con que la resolución sea considerada como tal por el derecho del Estado de la residencia habitual, es decir que presente, las características mínimas para poner en marcha un procedimiento con vistas a su homologación o conocimiento; es así como el Convenio en su art. 14 confirma esta interpretación.

Es por ello que la última fuente establecida en el art. 3 mencionado es que el derecho de custodia puede resultar "de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado". En principio, los acuerdos previstos pueden ser simples transacciones privadas entre las partes respecto a la custodia de los menores. La convención clarifica y flexibiliza en la medida de lo posible de los requisitos exigidos para la aceptación de un acuerdo como fuente de la custodia protegida por el Convenio.¹⁷⁷ El Convenio pretende proteger todas las modalidades del ejercicio de la custodia de menores. De conformidad con el artículo 3, el derecho de custodia puede haber sido atribuido, sola o de forma conjunta, a la persona que solicita que se respete su ejercicio. No podía ser de otra forma en una época en la que las legislaciones internas introducen progresivamente la modalidad de custodia conjunta. Esta no siempre es una custodia *ex lege* en la medida en que los tribunales son cada vez más favorables, si las

¹⁷⁷Ibídem op. cit. p. 20. En cuanto al tema concreto de saber lo que es un acuerdo "vigente" según un derecho determinado, el informe explicativo es de la opinión de que se debe incluir bajo esta denominación cualquier acuerdo que no esté prohibido por dicho derecho y que pueda servir de base a una pretensión jurídica ante las autoridades competentes.

circunstancias lo permiten, a dividir entre los dos padres las responsabilidades inherentes al derecho de custodia.

La óptica adoptada por el Convenio, el traslado de un menor por uno de los titulares de la custodia conjunta, sin el consentimiento del otro titular, es asimismo ilícito: en este caso concreto, la ilicitud no procedería de una acción contraria a la ley sino del hecho de que semejante acción habría ignorado los derechos del otro progenitor, también protegido por la ley, e interrumpido su ejercicio normal. La verdadera naturaleza del Convenio se ve reflejada claramente en las situaciones siguientes:

“El Convenio no pretende determinar a quién corresponderá en el futuro la custodia del menor, ni si será necesario modificar una resolución de custodia conjunta dictada sobre la base de datos que han sido alterados posteriormente; más simplemente trata de evitar que la resolución posterior se vea influenciada por un cambio de las circunstancias introducido unilateralmente por una de las partes.”¹⁷⁸

c) El elemento de hecho:

El segundo elemento que caracteriza las relaciones protegidas por el Convenio, es que el derecho de custodia, presuntamente violado por el traslado, sea ejercido de forma efectiva por su titular. El enfoque del tema que se aleja del puro y simple reconocimiento internacional de los derechos de custodia atribuidos a los padres, el Convenio ha recaído en la protección del derecho de los niños, niñas o adolescentes al respeto de su equilibrio vital, es decir del derecho ellos tienen a no ver alteradas las condiciones afectivas, sociales, que rodean su

¹⁷⁸ PÉREZ VELA, Elisa, *“Informe Explicativo de Dña Elisa Pérez-Vela”* op. cit. 21 La naturaleza del Convenio es claro, se trata de evitar que las resoluciones posteriores al traslado se vea perjudicada precisamente por la decisión de una de las partes. Es decir el convenio desea mantener el status quo de los niños, niñas o adolescentes.

vida, a menos que existan argumentos jurídicos que garanticen la estabilidad de la nueva situación.¹⁷⁹

Al delimitar el ámbito de aplicación del Convenio, sólo exige al demandante una primera evidencia de que ejercía realmente el cuidado sobre la persona menor de edad; en general, esta circunstancia debe resultar bastante fácil de probar. Por lo demás, el carácter no formal de esta exigencia resulta del artículo 8 cuando, entre los datos que deben constar en la demanda presentada ante las Autoridades centrales, se indica simplemente en el apartado c) "los motivos sobre los que se basa el demandante para reclamar la restitución del menor".

En este orden de ideas se establece que el contenido del convenio se orienta a la calificación de un traslado o retención de niños, niñas o adolescentes como ilícito. Es por ello que el Art. 3 establece los supuestos a considerar: 1. Determinación de la infracción de un derecho de custodia previamente establecido, y 2. El ejercicio efectivo de dicho derecho interrumpido por el traslado o retención, o la imposibilidad de su ejercicio.

3.8 Definiciones especiales de derecho de custodia y de visitas

El régimen convencional siguiendo una tradición muy arraigada de la Conferencia de la Haya, no define los conceptos jurídicos que desarrolla. No obstante, en el artículo 5 se precisa el sentido en el que se utilizan los conceptos de derecho de custodia y derecho de visita.¹⁸⁰

Derecho de custodia: es el relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia.

Derecho de visita: es el de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.

¹⁷⁹ Estos argumentos podrían enmarcarse en la protección a la integridad física del sustractor y niños, niñas o adolescentes, ya que muchas veces la sustracción se da por constantes agresiones como por ejemplo las mujeres que sufren violencia intrafamiliar.

¹⁸⁰ PÉREZ VELA, Elisa, "*Informe Explicativo de Dña Elisa Pérez-Vela*" op. cit. p. 24, en este sentido se dice que al realizar una interpretación incorrecta del alcance de los conceptos custodia y derecho de visita podría poner en peligro los objetivos del Convenio.

En realidad esta convención no regula la custodia ni indica el derecho aplicable a la misma, ni quien es la autoridad competente para constituir la; supone o da por hecho, la existencia de la custodia, estableciendo mecanismos de cooperación internacional.¹⁸¹

Aun y cuando en el artículo no se diga nada respecto a la posibilidad de que la custodia sea ejercida por su titular solo o de forma conjunta, es evidente que tal posibilidad se contempla en el precepto. Ya que al interpretarlo en su contexto teniendo en cuenta el objeto y la finalidad del convenio, además de la lectura del artículo 3 es claro cuanto a la inclusión de la custodia conjunta entre las situaciones que el Convenio pretende amparar. La custodia conjunta debe ser establecida en cada caso concreto a la luz del derecho de la residencia habitual del menor.

Siguiendo este orden de ideas debemos de entender que el derecho de custodia implica que el o los padres o las personas que lo ejerzan puedan realizar cualquier acto de poder sobre los niños, niñas y adolescentes. La custodia se establece a fin de satisfacer de mejor manera el interés de los mismos y no para satisfacer los intereses de los padres o de quienes tienen su custodia, es por ello que el derecho de custodia implique tener bajo sí un niño, el derecho solo es el medio para que el niño, niña o adolescente pueda satisfacer sus derechos de formación y desarrollo plenos.¹⁸² En este sentido la Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia de San Salvador, ha establecido que de acuerdo a la titularidad de la responsabilidad parental, de acuerdo a las normas del Código de Familia (Art 206 y siguientes) recae en la persona del padre y de la madre. Esto además está sustentado en la Convención sobre los derechos del Niño, como en la Ley de Protección de la Niñez y

¹⁸¹ PEREZ NIETO CASTRO, Leonel y JORGE ALBERTO Silva Silva, *Derecho Internacional Privado Parte especial op. cit.* p. 300. La Convención de la Haya sobre sustracción de menores tiene un concepto propio sobre custodia, que no es ni debe ser el mismo que el establecido en cada legislación nacional. Por lo que por encima de lo que digan las leyes internas debe tomarse en primer lugar la Convención de la Haya.

¹⁸² PEREZ NIETO CASTRO, Leonel y JORGE ALBERTO, Silva Silva, *Derecho Internacional Privado Parte especial, op. cit.* p. 301 Es por ello que los estados que han ratificado el Convenio están obligados según los acuerdos internacionales, a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de maltrato mientras el niño se encuentra bajo la custodia de sus padres. Es decir la custodia no es un fin en sí misma, sino el medio para satisfacer derechos de mayor importancia del niño, niña y adolescente.

Adolescencia, estableciéndose que es el padre y la madre a quienes les corresponde ejercer la autoridad parental para potenciar el desarrollo de sus hijos e hijas. Se ha pronunciado al respecto refiriendo que el primer supuesto de existencia de un derecho de custodia es la atribución de pleno derecho, lo cual implica por regla general al padre y a la madre.¹⁸³

El derecho de custodia se otorga generalmente a los padres, pero cuando están separados a uno de ellos se otorga lo que se puede llamar la custodia permanente, o lo que se conoce en nuestro país como el cuidado personal, es decir la persona que tiene el cuidado del niño, niña o adolescente y quien generalmente posee mayores derechos de quien solo tiene derechos de visita. Claro está, que sigue conservando ciertos derechos de custodia. Conceptos que ya ampliamente se desarrollaron en el capítulo dos de la presente investigación.

En lo que respecta al derecho de visita, el literal b) de este artículo en comento señala que incluye "el derecho de llevar al menor por un período de tiempo limitado a otro lugar diferente a aquél en que tiene su residencia habitual". Entenderemos tal y como lo expresa en el informe explicativo la Doctora Elisa Pérez Vela que la intención del Convenio no es por supuesto excluir todas las demás modalidades del derecho de visita; simplemente, se ha hecho hincapié que el concepto se extiende también al derecho denominado de alojamiento, una modalidad del derecho de visita o régimen de relaciones y trato que la persona que tiene la custodia del menor teme de manera especial. Además, dado que esta norma explicativa no califica en absoluto ese "otro lugar diferente" al que se puede llevar al niño, hay que concluir que el derecho de visita, de acuerdo con el Convenio, incluye también el derecho de visita transfronterizo.¹⁸⁴

¹⁸³ CÁMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR, 11/A/SA2/12-2. de fecha diez de septiembre del año dos mil doce. La cámara hace referencia en el presente caso que el primer supuesto de atribución de custodia conforme al art. 3 es la atribución de pleno derecho. Y que de acuerdo al art. 206 del Código de Familia el hecho de ser padre y madre trae como consecuencia el otorgamiento o imposición de la función parental o responsabilidad parental, que dentro de uno de sus elementos, incluye el cuidado personal de sus hijos e hijas. Es decir, de pleno derecho la custodia está considerada por el hecho de ser padre y madre.

¹⁸⁴ PÉREZ VELA, Elisa, "*Informe Explicativo de Dña Elisa Pérez-Vela*" op. cit. 25. Debemos recordar que la Convención sobre derechos del Niño garantiza el respeto del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, conforme al art. 9 No. 3.

El derecho de visita por ser un derecho humano del niño, niña o adolescente, es irrenunciable, y aunque puede ser objeto de pactos, solo puede ser aprobado acorde con el *favor filii*¹⁸⁵, aún como parte del derecho de convivencia que es, debe ser resuelto oficiosamente por el tribunal. El derecho de visita comprenderá dos aspectos: a) El desplazamiento del niño, niña o adolescente a un lugar diverso del de su residencia habitual, que puede ser otro país y b) El plazo limitado durante el cual el niño, niña o adolescente estará fuera de su domicilio habitual y fuera del ámbito directo de quien ejerza lo que se llamo custodia permanente o cuidado personal.

Los principios reguladores del Derecho de visita los encontramos en el art. 21. Puede solicitarse la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho a visitas es decir las relaciones y trato. La correspondiente solicitud se presentará de la misma forma que la de restitución. Las Autoridades Centrales están obligadas a cooperar conforme al art. 7, para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visitas y el cumplimiento de las condiciones a que pueda estar sujeto el mismo.

3.9 Alcance del concepto de residencia habitual

La Convención omite definición acerca de qué ha de entenderse por tal: se trata de un concepto estrechamente vinculado a la realidad sociológica, que en cada caso se determinará en el lugar en que el menor posee su centro de vida. Tampoco se formulan exigencias temporales respecto de cuándo la residencia adquiere el carácter de habitualidad. Es por esta

Por lo que la ausencia de uno de los padres puede dar lugar al derecho del hijo a comunicarse con su padre o madre ausente, por cualquier medio o visitándolo.

¹⁸⁵ PEREZ NIETO CASTRO, Leonel y JORGE ALBERTO Silva Silva, *Derecho Internacional Privado Parte especial*, op. cit. p.303. Los autores refieren que el derecho de visita se establece como norma internacional especialmente en la Convención en estudio. Según la jurisprudencia de su país todo menor tiene derecho de visita, mientras no se haya privado del derecho de patria potestad, expresando además que no es así en todos los países ya que castigar al padre privándolo de la patria potestad no debe implicar la pérdida del derecho del menor de visitar a su padre o madre, de tal manera que los lazos de afecto no se pierdan. Aclaran además que vincular el derecho de visita a la patria potestad puede provocar conflictos en el tráfico jurídico internacional ya que tanto en Europa como en el derecho anglosajón este concepto es poco empleado.

razón dota de mayor amplitud al referido concepto, evitando remisiones al derecho interno de los Estados Partes, y potenciales conflictos interpretativos. Es decir al referirse a la residencia habitual se trata de una cuestión de hecho y no de derecho. Es distinto de domicilio y de residencia legal o status migratorio.

La Convención no contiene plazo ni definición por lo que debe ser apreciada en el caso y momento concreto teniendo en cuenta todos los factores que pueden sugerirla entre los que tenemos: tiempo de estadía, adaptación al medio, edad del niño, residencia habitual de los padres, status migratorio, etc.

La interpretación del concepto central de residencia habitual tal y como lo plantea el profesor Peter McElevay de la Universidad de Dundee Escocia¹⁸⁶ ha demostrado ser problemática en años recientes con interpretaciones divergentes que surgen de distintas jurisdicciones. El profesor señala que no hay uniformidad al momento de determinar la residencia habitual el énfasis debe estar sobre el niño exclusivamente, prestando atención a las personas a cargo del cuidado del menor o si debe primordialmente en las intenciones de las personas a cargo del cuidado del menor. En ese orden de ideas señala que la residencia habitual puede parecer constituir un factor de conexión muy flexible en algunos Estados contratantes y mucho más rígido y reflejo de la residencia a largo plazo en otros.

En todo caso expresa que *“Cualquier valoración de la interpretación de residencia habitual se torna complicada aún más por el hecho de que los casos que se concentran en el concepto pueden involucrar situaciones fácticas muy diversas. A modo de ejemplo, la residencia habitual puede tener que considerarse como consecuencia de una mudanza permanente, o*

¹⁸⁶El profesor Peter McElevay con la ayuda de Aude Fiorini (Universidad de Dundee Escocia) en nombre de la oficina permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es el que prepara las páginas de análisis jurisprudencial de la base de datos INCADAT, la que persigue el objetivo de facilitar la tarea de los usuarios a través del resaltado de conceptos clave y cuestiones pertinentes al Convenio de La Haya sobre sustracción de menores que han sido objeto de significativa consideración judicial en diversas jurisdicciones. Es decir que el objetivo es presentar tendencias en materia de interpretación y permitir de este modo, los usuarios puedan evaluar las decisiones dentro del marco de la jurisprudencia regional y global.

*una mudanza más tentativa aún, aunque tenga un final abierto o potencialmente abierto, o la mudanza puede ser, de hecho, por un plazo de tiempo definido.*¹⁸⁷

Se señala en tendencias generales que la jurisprudencia de Apelaciones Federal de Estados Unidos de América, es un ejemplo de la amplia gama de interpretaciones existentes en lo que respecta a la residencia habitual. Así se encuentra de la siguiente manera algunos focalizaciones:

Foco orientado al menor, el tribunal de apelaciones para el sexto circuito ha apoyado el enfoque orientado al menor en la residencia habitual.¹⁸⁸ Foco combinado Conexión del Menor/ Intención de los progenitores: Los Tribunales de Apelaciones de los Estados Unidos de América para los 3º y 8º han adoptado un enfoque orientado al menor pero con idéntica atención a las intenciones compartidas actuales de sus padres.¹⁸⁹

¹⁸⁷ El Profesor Peter McElevavy refiere que para la interpretación de residencia habitual debe tomarse en cuenta las situaciones fácticas diversas, y que por ellos debe interpretarse a la luz del caso concreto. En <http://www.incadat.com/index.cfm?act=analysis.show&sl=3&lng=3> consultada el 03 de Noviembre de 2012.

¹⁸⁸ *Friedrich v. Friedrich*, 983 F. 2d 1396, (6th Cir. 1993) [Cita INCADAT: hc/e/usF **142**]; El menor tenía 1 año y ocho meses en la fecha del supuesto traslado ilícito. Había pasado toda la vida en Alemania. Los padres se habían separado recientemente. El dos de agosto de 1991, la madre se llevó al niño a los Estados Unidos, el estado de origen de ella. El 23 de septiembre de 1991, el padre presentó una solicitud de restitución ante el tribunal de Distrito Sur de Ohio. El 10 de enero de 1992, el Tribunal desestimó la solicitud. El padre presentó una apelación. Se hizo lugar a la apelación, el caso se remitió al tribunal de distrito para determinar si, en el marco de las leyes Alemanas, el padre tenía derechos de custodia en el momento del traslado y si estaba ejerciendo tales derechos. El tribunal estableció que una persona puede tener sólo una residencia habitual. La residencia habitual pertenece a la residencia consuetudinaria anterior al traslado. El tribunal debe ir atrás en el tiempo, no hacia el futuro, se debe determinar la residencia habitual del menor, no la de sus padres.

¹⁸⁹ *Feder v. Evans-Feder*, 63 F.3d 217, 222 (3d Cir. 1995), [Cita INCADAT: HC/E/USF **83**]. El niño tenía 4 años a la fecha de la supuesta retención ilícita. Los padres estaban casados, el 2 de agosto de 1994 la madre retuvo al niño en Los estados Unidos. En Octubre de 1990 la familia se trasladó de Alemania a Pensilvania. A principios de enero de 1994 la madre y el niño viajaron a Australia para reunirse con el padre. El matrimonio atravesaba momentos difíciles, y a finales de la primavera la madre le dijo al padre que deseaba regresar a los Estados Unidos por cinco semanas con el fin de visitar a los abuelos maternos. En julio de 1994, el padre se reunió con la madre y el niño. En esta ocasión el padre fue notificado de la demanda de divorcio. El 4 de octubre de 1994, el tribunal de Familia de Australia determinó que la retención del menor era ilícita. El 31 de octubre de 1994 el Tribunal de Distrito de Estados Unidos del Distrito Este de Pennsylvania rechazó la solicitud del padre. El padre apeló. Se dio lugar a la apelación, la retención se consideró ilícita ya que el niño había sido residente habitual de Australia en ese momento. El caso fue remitido al tribunal a fin de determinar si correspondía aplicar alguna de las excepciones. Cualquier determinación de residencia

Foco orientado a la intención de los progenitores, el fallo del Tribunal de Apelaciones para el 9º circuito influyó al disponer que, por lo general, debiera haber una intención establecida de abandonar una residencia habitual existente antes de que un menor pueda adquirir una nueva.¹⁹⁰ La interpretación ha sido adoptada y desarrollada en otras sentencias de apelación federales de modo tal que la ausencia de intención compartida por parte de los padres respecto del objeto de la mudanza redundaba en la conservación de la residencia habitual existente, aunque el menor hubiese estado fuera de esa jurisdicción durante de un tiempo extenso.¹⁹¹

3.10 Aspectos relacionados con el niño, niña o adolescente

En cuanto a los niños, niñas y adolescentes el art. 4 establece que límite de edad para dejar de aplicar la Convención: 16 años, que debe tener su residencia habitual en un Estado Parte inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos. Y que las decisiones que se tomen deben ser siempre en interés superior del respectivo niño, niña o adolescente. La edad establecida por el convenio es importante tenerla en cuenta ya que aunque el trámite de sustracción se haya iniciado antes de cumplirse esta edad, si al momento de dictar la sentencia ya se hubiese sobrepasado, ya no se aplica el convenio. El convenio establece esta edad ya que una persona de más de dieciséis años tiene por lo general una voluntad propia que resultará difícil de ignorar.¹⁹²

habitual debe centrarse en el menor, y debe consistir en un análisis de las circunstancias del menor en ese lugar y el presente de los padres, y las intenciones compartidas respecto de la presencia del menor en ese lugar.

¹⁹⁰ *Vid Mozes v. Mozes*, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001) [Cita INCADAT: HC/E/USf **301**]

¹⁹¹ *Holder v. Holder*, 392 F.3d 1009, 1014 (9th Cir. 2004), [Cita INCADAT: HC/E/USf **777**], Conservación de residencia habitual en los Estados Unidos luego de 8 meses de una estadía intencional de 4 años en Alemania; *Ruiz v. Tenorio*, 392 F.3d 1247, 1253 (11th Cir. 2004), [Cita INCADAT: HC/E/USf **780**], Conservación de residencia habitual en los Estados Unidos durante una estadía de 32 meses en México;

Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos, 176 F. Supp.2d 1045 (E.D. Wash. 2001), [Cita INCADAT: HC/E/USf **482**], conservación de residencia habitual en los Estados Unidos durante una estadía de 27 meses en Grecia;

¹⁹² PÉREZ VELA, Elisa, “Informe Explicativo de Dña Elisa Pérez-Vela” op. cit. p. 22, está referido a que la voluntad de un adolescente mayor de 16 años no puede ser ignorada ya sea por uno u otro de sus progenitores, o por una autoridad judicial o administrativa.

CAPITULO IV

PROCESO DE SUSTRACCION O RETENCION EN LA NORMATIVA SALVADOREÑA Y EL DERECHO COMPARADO

SUMARIO: 4.1 autoridades centrales 4.2 la urgencia como requerimiento especial en las actuaciones 4.3 solicitud, contenido, formulario y plazos 4.4 excepciones para negar la restitución 4.5 procesos judiciales en la ley de protección integral de niñez y adolescencia 4.5.1 características especiales 4.5.2 proceso general de protección 4.5.3 proceso abreviado 4.6 Análisis de los casos de sustracción Internacional por la jurisdicción de niñez y adolescencia 4.7 El tratamiento procesal de la sustracción internacional en el derecho comparado.

4.1 Autoridades centrales

Para efectos del cumplimiento de las obligaciones del Convenio se crea la figura de la autoridad central, en el artículo 6, así particulariza que los estados tendrán libertad para designarla, en el caso de El Salvador, la autoridad central descansa en dos instituciones la Procuraduría General de la República y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia.¹⁹³

En este orden de ideas el art. 7 del Convenio menciona que las autoridades deben colaborar entre sí, adoptando ya actuaciones a realizar directamente o a través de intermediario aquellas medidas que permitan:

- a) Localizar al niño, niña o adolescente sustraído.
- b) Prevenir que sufra mayores daños, o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán medidas provisionales.
- c) Garantizar la restitución voluntaria del niño o facilitar una solución amigable.
- d) Intercambiar información sobre situación social del niño.
- e) Facilitar información sobre legislación del país de residencia del niño.

¹⁹³Estas Instituciones fueron designadas, mediante al Acuerdo Ejecutivo de fecha diez de enero del dos mil uno. La idea de las autoridades Centrales descansa en que ellas cooperan entre sí, con la finalidad primordial de garantizar la restitución inmediata de los NNA victimas de traslado o retención ilícita.

- f) Incoar o facilitar la apertura de procedimiento judicial o administrativo, para conseguir la restitución o, que se regule o que se ejerza el derecho de visita.
- g) Conceder o facilitar la obtención de asistencia judicial o jurídica, incluso de abogado.
- h) Garantizar, desde lo administrativo, la restitución del niño sin peligro.
- i) Mantenerse informadas de la aplicación del Convenio, y eliminar los obstáculos que se opongan a su aplicación.

Igualmente, las autoridades centrales tienen las mismas obligaciones de cooperación en este derecho de visita, así como para el cumplimiento para las condiciones a que pueda estar sujeto dicho derecho, eliminando todos los obstáculos y adoptando todas las medidas necesarias para su ejercicio.

La aplicación del Convenio dependerá del funcionamiento de los instrumentos que él mismo establece al efecto, es decir de las Autoridades Centrales¹⁹⁴. La Conferencia ha entendido las profundas diferencias existentes en la organización de los Estados miembros; ésta es la razón por la que el Convenio no especifica en absoluto cuáles deben ser la estructura y la capacidad de acción de las Autoridades Centrales, dos aspectos que serán regidos por la ley interna de cada Estado contratante. Es por ello que numerosos Estados al ratificar la Convención y de designar a su Autoridad o Autoridades Centrales, especifican claramente cuáles han de ser las funciones o las “medidas apropiadas” que deben aplicar¹⁹⁵. En otros casos los Estados partes se limitan a decir que las Autoridades Centrales “llevaran a cabo las funciones cuyo ejercicio les incumbe en el marco del Convenio”, (Australia e Islandia, por ejemplo).

¹⁹⁴ PÉREZ VELA, Elisa, “Informe Explicativo de Dña Elisa Pérez-Vela” op. cit. p. 11. Es decir, que dependiendo de la actuación de la autoridad central será el éxito de la aplicación del convenio, para el caso salvadoreño, tenemos que son dos las autoridades centrales destinadas, pero en los diferentes juzgados del país, solo ha intervenido la PGR, el ISNA que es la otra autoridad no ha participado en la tramitación de procesos de sustracción.

¹⁹⁵ Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas, Medidas de Aplicación*. op. cit. p. 26. Tal como sucede en nuestro país las autoridades centrales solo son designadas en la ratificación del convenio, pero las funciones serán las que señala el convenio.

Cuando se designó a la Procuraduría General de la República y al Instituto Salvadoreño para la Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia como Autoridades Centrales, no se determinó sus funciones o “medidas de aplicación” en los supuestos de sustracción de menores. Entendiéndose de esta manera, que van a tener o ejecutar las funciones que se deducen o están plasmadas en el Convenio.¹⁹⁶

La unidad de defensa de la familia, niñez y adolescencia de la Procuraduría es la que da asistencia legal como autoridad central en los procesos de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, la referida unidad a tramitado entre junio de 2011 y mayo de 2012 ha tramitado 19 solicitudes de asistencia legal referentes a la sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes, las cuales fueron requeridas por las Autoridades Centrales de los Estados Unidos de América, Nicaragua, México, Honduras, España, Costa Rica, y Panamá.

La referida unidad manifiesta que entre las causas por las cuales la niñez y la adolescencia se enfrenta en esta problemática están: El incremento de matrimonios entre cónyuges de diversas culturas, domicilios de origen lejano, la migración hacia otros países en búsqueda de mejores condiciones de vida y ante un conflicto matrimonial el padre o la madre desean

¹⁹⁶Las Autoridades Centrales Salvadoreñas no se les impuso cuales serían sus obligaciones frente al Convenio, por lo que deberían tomar los lineamientos que el Buró Permanente de la Haya ha proporcionado; En la Procuraduría General de la República no existe un manual de actuaciones en casos de sustracción y los mismos se guían por el PROGRAMA INTERAMERICANO DE COOPERACION PARA PREVENIR Y REPARAR CASOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES POR UNO DE SUS PADRES. (Propuesta de la Reunión de Expertos al Consejo Directivo del IIN-OEA). Por su parte el ISNA recientemente ante una petición hecha por un padre salvadoreño expuso que no pueden llevar a cabo las funciones de autoridad central, aunque estén designadas, argumentando que su papel como Autoridad Central en el Convenio de la Haya no le permite este alcance en el contexto de su nuevo perfil establecido en la LEPINA: El ISNA es una institución de programas, en el sistema de protección integral que debe actuar en base a la PNPNA (Art. 179 inc. Ult) y estructurar sus servicios con los criterios y lineamientos de un programa de atención que se sujetará a la acreditación y vigilancia del CONNA. Además señalo el Isna que la competencia de ambas entidades en la aplicación del Convenio debe revisarse a la luz de la normativa vigente a la época de la adhesión en el año dos mil, así como también en el contexto normativo e institucional que rige el sistema de protección integral. Esta opinión fue vertida por el Isna en el expediente SS-O392-2012, en el que se me requiere presentar informe sobre los hechos denunciados y las medidas adoptadas con relación a la denuncia interpuesta por el señor Dagoberto Antonio Rodríguez Portillo con relación a su hijo C.A. Rodríguez Gámez, en la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

retornar a su país de origen o donde tenía su anterior domicilio, llevándose consigo a los hijos/as que se encuentran bajo su cuidado.

Para el caso a continuación se exponen algunos lineamientos aportados por una de las reuniones de la Comisión Especial organizada por el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, que en su cuarta reunión de revisión de la práctica del Convenio¹⁹⁷, celebrada en La Haya del 22 al 28 de marzo de 2001, hizo la recomendación siguiente: *“Los Estados partes deberían cooperar entre sí y con la Oficina Permanente para elaborar una Guía de buenas prácticas que desarrollara los principios enunciados en el artículo 7 del Convenio. Se trataría de una Guía práctica explicativa que tendría por objeto facilitar la aplicación del Convenio. Estaría esencialmente consagrada a las cuestiones operacionales y destinada principalmente a los nuevos Estados partes. No tendría un efecto imperativo y no interferiría sobre la independencia del poder judicial. La metodología a seguir debería incumbir a la Oficina Permanente”*:

4.2 La urgencia como requerimiento especial en las actuaciones.

El cuerpo convencional establece obligaciones para los Estados suscriptores, entre estas se encuentra la urgencia en la tramitación de estas actuaciones. Entre ellos tenemos el art. 2 que señala los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que se cumpla la Convención, para lo cual recurrirán a los procedimientos de urgencia de los que dispongan. De la misma manera el art. 11, establece que las autoridades judiciales o administrativas actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución.

Siendo el interés superior del niño, niña o adolescente, es el centro de aplicación del convenio, es por ello que el procedimiento ha de ser lo más sumario posible, bajo el principio de celeridad y economía procesal. En el proceso de restitución tiene mucha importancia el rol

¹⁹⁷ Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, *Guía de Buenas Prácticas, Práctica de las Autoridades Centrales*, Primera Parte, Editorial Family Law, 2003, p. 7. Esta guía fue elaborada a partir de talleres con operadores de justicia de diferentes países pertenecientes a la Conferencia de la Haya, el cual tiene como finalidad facilitar la aplicación del Convenio.

que juegan las Autoridades Centrales como quedó establecido, pues comprobados los extremos de la sustracción: traslado o retención ilícita de la residencia habitual del niño, niña o adolescente y la infracción de un derecho de custodia o visita, toda persona, institución u organismo podrá dirigirse a la Autoridad Central de la residencia habitual del mismo, o la de cualquier otro Estado contratante, para que con su asistencia quede garantizada la restitución del menor.

En nuestro país la Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia se ha pronunciado en este sentido estableciendo que *“Ese proceso contencioso, en palabras del convenio debe tener el carácter de urgente, que conlleve la finalidad de decidir, de manera inmediata, sobre la restitución. Es decir, debe ser un proceso ágil, sencillo que, sin desmeritar la discusión jurídica sobre la existencia de una vulneración de derechos, provea, en un espacio de tiempo muy corto, la decisión judicial o administrativa definitiva.”*¹⁹⁸

4.3 Solicitud, contenido, formulario y plazos

La persona, institución u órgano interesado que manifieste que un niño, niña o adolescente ha sido retenido o trasladado en violación de un derecho de custodia (cuidado personal), puede presentarse ante la Autoridad Central del Estado de la residencia habitual de aquél o de cualquier otro Estado Parte, con el objeto de solicitar su asistencia. Se comprende así, también, el eventual supuesto de peticionar la cooperación de la Autoridad Central del Estado en el cual el niño, niña o adolescente ha sido retenido.

La normativa convencional establece diversos requisitos formales y substanciales a ser observados en la solicitud, los que se encuentran contenidos en el artículo 8 del Convenio entre ellos: a) información relativa a la identidad del solicitante, del niño, niña o adolescente y de la persona respecto de quien se manifiesta que ha trasladado o retenido al mismo; b) fecha de nacimiento del niño, niña o adolescente (si fuere posible contar con ella); c) los motivos

¹⁹⁸CÁMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR, Ref. 1/A/SS2/12-1. De fecha el día veintinueve de febrero del año dos mil doce. El carácter decisivo del factor tiempo en las situaciones consideradas es de prioridad para la buena aplicación del Convenio.

aducidos por el solicitante para formular su reclamación; d) toda información concerniente a la localización del niño, niña o adolescente y la identidad de la persona con la cual se presume que aquél se encuentra; e) copia autenticada de cualquier acuerdo o decisión útiles; f) certificación o declaración de la Autoridad Central, autoridad competente del Estado de la residencia habitual u otra persona calificada, respecto del derecho del Estado en la materia; g) cualquier otro documento de utilidad.

Se faculta a la autoridad judicial o administrativa a considerar, para tener por acreditado la sustracción o la retención ilícita, el derecho y las decisiones judiciales o administrativas reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor.¹⁹⁹

Adicionalmente, la autoridad judicial o administrativa puede, antes de ordenar el retorno del niño, niña o adolescente, pedir al solicitante que presente una decisión o certificación emanada de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño, mediante la cual conste la ilicitud del traslado o la retención en los términos de la Convención, y en tanto dicha declaración pueda ser obtenida en el mencionado Estado. A tales efectos, las Autoridades Centrales de los Estados contratantes deberán prestar asistencia a los solicitantes esto establecido en el marco del art. 15.

Cuando la autoridad central a la cual fuera formulada la solicitud considerare que el niño puede encontrarse en el territorio de otro Estado Parte, transmitirá dicha solicitud sin más trámite a la Autoridad Central de ese Estado, informando de ello a la homóloga requirente o, en su caso, al demandante. Por su parte, la Autoridad Central del Estado en el cual el niño, niña o adolescente se encuentre, adoptará o hará adoptar todas las medidas tendientes a la devolución voluntaria de aquél. La nota dominante como ya se expreso, radica en la urgencia con que deben desarrollar las autoridades competentes, todos los actos conducentes a la restitución del niño a su centro de vida, para evitarle así mayores perjuicios.

¹⁹⁹ Ello, sin recurrir a los procedimientos específicos de prueba de tal derecho, o de reconocimiento de decisiones extranjeras que de otro modo serían aplicables (como el procedimiento de exequátur)

Transcurridas seis semanas desde la fecha de iniciación del procedimiento sin que la autoridad judicial o administrativa hubiera decidido, el solicitante o la Autoridad Central del Estado requerido podrán solicitarle una declaración explicativa de las causas de la demora. Si la Autoridad Central últimamente mencionada recibiera la pertinente respuesta, debe transmitirla a la respectiva Autoridad Central del Estado requirente, o en su caso al solicitante.

En función del tiempo transcurrido entre el inicio del procedimiento y la fecha del traslado o retención, la norma convencional diferencia dos situaciones:

1. que dicho lapso fuera inferior a un año, supuesto en el cual, al momento de presentarse la solicitud ante la autoridad del Estado contratante en que se encuentre el menor, la autoridad competente ordenará su retorno inmediato;
2. que el mencionado tiempo fuere mayor, caso en que la autoridad también deberá ordenar la inmediata restitución, salvo que se demuestre que el niño se ha integrado al nuevo medio. Esta última previsión tiene como norte evitar mayores daños al menor, los que derivarían del desarraigo de su nuevo lugar de residencia habitual²⁰⁰.

La Convención prevé explícitamente la facultad de la autoridad judicial o administrativa en el sentido de ordenar la restitución del NNA en cualquier momento conforme al artículo 18 del Convenio.

A falta de una previsión convencional expresa, cabe preguntarse a qué Estado debe llevarse a cabo la restitución del menor²⁰¹: podría ser del caso que el solicitante hubiera mudado su residencia a otro país, hipótesis por demás común en situaciones migratorias irregulares (que implican la inestabilidad del lugar de residencia habitual)

²⁰⁰ Cabe puntualizar que la oposición a la restitución no puede ser exclusiva y exitosamente fundada en el solo hecho de la integración al nuevo hábitat.

²⁰¹ Informe Explicativo Pérez-Vera, Elisa. op. cit. p. 1. Esta pregunta se hace la ponente, y esto es así por las facilidades transfronterizas y muchas veces las situaciones de migración irregular en las que se encuentran los padres.

A los mismos fines de asegurar la pronta restitución del niño al lugar de su residencia habitual, la norma prohíbe a la autoridad del Estado en que el menor se encuentra que decida sobre el fondo del derecho de custodia (cuidado personal), salvo que: a) se demuestre que no se reúnen las condiciones previstas en la Convención para el retorno, o; b) haya transcurrido un período razonable sin que haya sido presentada una solicitud de aplicación del Convenio artículo 16; la duración de este período razonable se estima, interpretando integrativamente el texto convencional (es decir conforme al artículo 12), en un año.

El supuesto real o potencial de que se dictare en el Estado requerido una decisión relativa a la custodia, no podrá justificar la negativa a devolver al NNA según lo dispuesto por la Convención, sin perjuicio de lo cual, las pertinentes autoridades judiciales o administrativas podrán tomar en consideración los motivos de tal decisión que entrarían en el marco de aplicación de aquélla.²⁰²

4.4 Excepciones para negar la restitución

La Convención establece en su art. 13, una serie de excepciones al principio de la restitución de menores en cuanto al traslado o retención ilícita. Las excepciones son de interpretación restrictiva, por lo que su aplicación se vuelve muy difícil en la práctica. Las excepciones se dan cuando el estado requerido no está obligado a la restitución del niño si se acreditan diversos extremos legales.

Se ha mencionado por la jurisprudencia el carácter discrecional de las excepciones, ya que establecen que la redacción del artículo citado, aclara que cuando se establece una de las excepciones constitutivas al estándar requerido por el Convenio, la expedición de una orden de no-restitución no es inevitable, por el contrario, el tribunal en poder de la solicitud de

²⁰² Tal como lo explica la doctora Pérez Vera, Elisa, en su informe explicativo, los sustractores, trataran siempre de sacar ventaja y obtener en el país de origen, obtener resoluciones favorables sobre el fondo del asunto como es la custodia o cuidado personal, lo cual es lo que el convenio trata de evitar, que le favorezcan los tribunales del país donde el NNA ha sido traslado.

restitución tiene discreción para expedir o no una orden de restitución.²⁰³ El carácter discrecional de las excepciones es más visible en el contexto del numeral b) del Convenio, ya que son las objeciones de un menor maduro, pero hay igualmente ejemplos de restitución otorgadas a pesar de haberse establecido otras excepciones.

- a) El Estado requerido no estará obligado a la restitución si quien se opone a la misma demuestra que la persona física o jurídica reclamante no ejercía efectivamente el derecho de custodia en el momento del traslado o retención. En este supuesto, el *onus probandi* respecto del extremo requerido por la normativa para negar la restitución, incumbe al oponente a la misma.²⁰⁴
- b) Tampoco será procedente la restitución si existiera un grave riesgo que expusiera al niño a un peligro físico o psíquico, u otra situación intolerable. Naturalmente, el daño potencial debe afectar al menor y no a quien invoca la defensa. La aptitud de los padres para el cuidado debe ser evaluada, indudablemente, por el juez de la residencia habitual del menor. Se hace aquí referencia a los casos en que, siendo ilícitos el traslado o la retención, se encuentran justificados en función del interés del niño, niña o adolescente.²⁰⁵
- c) Oposición del niño a la restitución, cuando por su edad y grado de madurez resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones, lo que es un alegato propio de su interés superior. En este caso se le da plena vigencia al derecho de opinión que consagra tanto la convención sobre derechos del niño y en el ámbito interno la LEPINA.

²⁰³ La reciente visión general más amplia del ejercicio de la discreción para la restitución en los casos de sustracción de menores ha surgido en la decisión de la jurisdicción suprema de Reino Unido, la Cámara de los Lores, en *Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody)* [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288, [Cita INCADAT: HC/E/UKe **937**]. En <http://www.incadat.com>

²⁰⁴ Sobre esta excepción se puede encontrar diversa jurisprudencia en cuanto al no ejercicio efectivo de la custodia al momento de la sustracción o retención, había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención, al respeto puede verse en la base de datos de INCADAT en. En <http://www.incadat.com>.

²⁰⁵ Sobre esta causal puede verse En <http://www.incadat.com>.

4.5 Procesos judiciales en la ley de protección integral de la niñez y adolescencia.

El libro III de la LEPINA, prescribe como punto primordial de la norma la “administración de justicia”, lo cual es coherente con el desarrollo lógico de la normativa especial, desde la perspectiva que el cuerpo legal trae en su desarrollo, ya que, la estructura de la norma ha establecido como primer libro, los diversos principios y derechos que asisten a los niños y adolescentes de forma general²⁰⁶; colocando en el segundo libro de la ley, lo referente al “Sistema nacional de protección integral de la niñez y adolescencia” en el cual se establece los diversos órganos que componen tal sistema, así como los diversos componentes del sistema de protección, delimitando sus funciones y competencias específicas, en pro de la protección integral que debe brindar el estado a los niños y adolescentes²⁰⁷.

Es en este sentido, debe entenderse que por la naturaleza de los derechos contenidos en la normativa especial, así como por la finalidad del sistema de administración de justicia, la naturaleza jurídica por ficción legal del compendio procesal, va referida a la rama del derecho de familia, siendo de tal trascendencia la situación jurídica de los procesos mismos, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la importancia de lo anterior al referir que *“ Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y*

²⁰⁶ Es de aclarar que la LEPINA ha optado por seguir la construcción teórica de los derechos de la Convención de los Derechos del niño, al separar en cuatro grandes rubros los derechos, siendo estos: Derechos de supervivencia: Los que van referidos a aquellos derechos y garantías necesarios para el desarrollo de una vida digna. Derechos de Protección, lo que van enfocados a proteger a los niños, niñas y adolescente frente a situaciones de violencia. Derechos al Desarrollo, los que necesarios para el desarrollo pleno e integral de los niños, niñas y adolescentes. Y como último grupo, los denominados derechos de Participación, los cuales permiten y promueven el ejercicio de la ciudadanía a los niños, niñas y adolescentes. Asimismo se establecen los deberes de los niños y adolescentes, como obligaciones jurídicas para ellos.

²⁰⁷ En este libro se encuentra la base de funcionamientos del Consejo Nacional de la Niñez y adolescencia (CONNA), así como las juntas de protección como entes de protección departamental y municipal, siendo estas últimas los comités locales; y las demás entidades privadas que conforman el sistema de protección. Asimismo se establece lo concerniente a lo relativo de las medidas de protección, tanto en su aplicación, duración y formas procesales.

respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento".²⁰⁸

En esta lógica, el estado de El Salvador ha adoptado tal obligación, en cuando a la garantía y defensa de los derechos del grupo etario de niños y adolescentes, dos procesos judiciales, con los cuales se ha tratado de abarcar la protección integral de los derechos enunciados. En ese entendido, como generalidad misma del sistema procesal de niños y adolescentes en nuestro país, se ha utilizado como modelo los principios, garantías y esquema procesal contenido en el proceso de familia, con las modificaciones que se establecen en la ley de la materia.²⁰⁹

Para Devis Echandia "Proceso es el conjunto de actos coordinados que se ejecutan por o ante los funcionarios competentes del órgano judicial del Estado, para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización coactiva de los derechos que pretendan tener las personas privadas o públicas, en vista de si incertidumbre o de su desconocimiento o insatisfacción."²¹⁰

Es decir se entiende al proceso como una serie de actos coordinados para el logro de un fin jurídico, en consecuencia se debe entender que el proceso general de protección se puede definir como el conjunto de actos que la ley ha establecido, realizados por los sujetos

²⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002. DE 28 DE AGOSTO DE 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Párrafo 96. Dicho derecho que nace en la convención sobre derechos del niño, también se encuentra plasmado en nuestra legislación nacional en el art. 94 LEPINA.

²⁰⁹ Entre tales particularidades que se pueden mencionar, la salvedad de proteger los derechos de niños y adolescentes cuando no exista proceso regulado, la protección se tramitara por medio del proceso general de protección; no pudiéndose invocar falta o insuficiencia de proceso establecido de manera expresa para justificar violación o amenaza a derechos establecidos para niños o adolescentes. Asimismo, la inaplicabilidad de la suspensión del proceso, contenido en la ley procesal de familia regulada en los Arts. 27 al 29 de esa ley, esto debido a la celeridad misma con la que se tramitan los procesos de niñez y adolescencia.

²¹⁰ DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General del proceso, aplicable a toda clase de procesos*", 2ª edición, Editorial Universidad Buenos Aires, 1997, p. 155. Se trata de una actividad encaminada a producir una sentencia por medio de la cual concretiza un derecho particular. Implica, su devenir, una serie de actos que son conexos y sucesivos, que desarrollan las partes de la relación jurídica-procesal (juez, partes de la relación jurídica sustancial en el litigio) para lograr la debida sentencia.

legitimados en la misma, con la finalidad que en el juzgado especializado de niñez y adolescencia determine la aplicación de la ley ante las amenazas o violaciones de los derechos de los NNA reconocidos por la LEPINA y otros cuerpos legales nacionales o internacionales.

Una innovación en materia procesal es lo referido a lo contenido en el art. 218 de LEPINA; referida a la capacidad jurídica procesal de los adolescentes mayores de catorce años, quienes pueden intervenir por medio de apoderado legalmente constituido con arreglo al derecho común; siendo este un avance en cuanto a la administración de justicia, puesto que tal facultad legal será en consonancia con la capacidad evolutiva de las facultades contenida en el art. 10 de la norma especial. Con lo que el Legislador ha creado un sistema de participación directa de los niños y adolescentes, visibilizándolos como sujetos de derechos, tanto pasiva como de forma activa.

Un punto trascendental en el esquema procesal, es lo referido a la cláusula de validez de los actos procesales, teniéndose como norma pétrea el hecho del ejercicio del niño o adolescente a opinar y ser escuchado, con lo cual el Estado cumple las condiciones establecidas por el Comité de los Derechos del Niños, al expresar que *“La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño”*²¹¹. Lo anterior va en consonancia con lo establecido en los derechos de acceso a la justicia como garantías del debido proceso, contenidos en los arts. 50 y 51 de la LEPINA.

²¹¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 51º período de sesiones. Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009 OBSERVACIÓN GENERAL N° 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado. Párrafo 25. Derecho que ha sido reconocido expresamente en la CDN, y en la LEPINA en su art. 94, El comité hace una reflexión sobre cómo es que debe ser realizado este derecho y que comprende.

Es así como la mencionada ley especial encontramos dos procesos, los que para la sustanciación y resolución de las pretensiones y oposiciones deducidas con base en esta Ley, se observarán los siguientes principios regulados en el art. 221 LEPINA: legalidad, contradicción, igualdad, dispositivo, oralidad, intermediación, concentración, publicidad y gratuidad. Los principios procesales entendidos como las normas que establecen directrices sobre la forma de desarrollo del conjunto de actos procesales que integran la unidad que es el proceso judicial. Es decir sirven de orientación para la aplicación de la Ley. Los principios se deben orientar al logro efectivo de los derechos reconocidos en la ley sustantiva, teniendo como presupuesto básico el cumplimiento de las garantías del debido proceso que devienen de la norma primaria.

1. Principio legalidad: En general legalidad significa conforme a la ley. El término conforme denota no una propiedad sino una relación: precisamente una relación entre un acto y la norma o el conjunto de normas que lo regulan. Conformidad es, por tanto, un predicado que concierne a todo acto que este regulado por normas. Básicamente este principio implica que las actuaciones de todos los sujetos procesales deben hacerse con apego a la ley. Con el principio de legalidad se tiende a que tanto la actuación de la administración, como la de los tribunales no sea libre. Constituye pues una limitación jurídica al poder público, la cual es llevada a sus últimas consecuencias, con la sujeción del propio legislador a la Constitución.²¹² Este es uno de los principios más importantes de todo sistema jurídico, ya que una de sus objetivos primordiales es garantizar la seguridad jurídica.

El Código Procesal Civil y Mercantil lo regula claramente en su art. 3 al establecer: *“Todo proceso deberá tramitarse ante juez competente y conforme a las disposiciones de este código, las que no podrán ser alteradas por ningún sujeto procesal. Las formalidades previstas son imperativas. Cuando las formas de los actos procesales no estén expresamente determinadas por la ley, se adoptará la que resulte indispensable o idónea para la finalidad*

²¹² Bertrand Galindo, Francisco, “Manual de Derecho Constitucional”, Tomo II, 3ª edición, Talleres Gráficos UCA, San Salvador, 1999, Pág. 871.

perseguida” en consonancia con este ultimo la LEPINA, en su art. 215 inc. 3 en los referentes a los procesos aplicables estable, “que ninguna autoridad judicial podrá invocar la falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para soslayar ni justificar la violación o amenaza de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.”

Principio de Contradicción: Este principio se concretiza mediante el de oralidad y tiene como finalidad reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y evitar la dispersión, lo que contribuye a la celeridad del proceso, por lo que también se afirma que está íntimamente relacionado con el de economía procesal²¹³.

Este principio aplica de la misma manera para los sujetos procesales en los actos que se presentan por escrito, así lo establece el literal f) del Artículo 3 L.Pr.F “Las partes deberán plantear simultáneamente todos los hechos y alegaciones en que fundamenten sus pretensiones o defensas y las pruebas que pretendan hacer valer”. Igualmente podría considerarse como aplicación del principio de concentración la práctica de prueba anticipada, según la ley “el Juez podrá ordenar la práctica anticipada de cualquier prueba cuando no pueda efectuarse en la audiencia o cuando la dilación pueda provocar grave riesgo para el ejercicio del derecho”, conforme al art.54 L.Pr.F.

2. Principio de Igualdad: conocido también como principio de igualdad de armas, para que exista una verdadera contradicción debe existir a su vez igualdad de armas, lo cual significa que las partes deben tener las mismas oportunidades de ataque y defensa; no se pueden introducir pruebas al proceso a espaldas de la parte contraria, toda prueba debe ser conocida y debatida por las partes. Este principio deviene del principio constitucional de igualdad de las

²¹³ VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis S. A. Santa Fe Bogotá, Colombia, 1984. p. 60. En el Artículo 3 literal c) L.Pr.F. se regula como principio rector al establecer que el juez debe procurar la concentración de las actuaciones, se dice que este principio tiene especial despliegue y aplicación en el desarrollo de las audiencias orales, ya que en las mismas se pueden resolver diferentes cosas a la vez.

personas ante la ley, sin ninguna clase de discriminación, pero aquí para hacerlo valer en el ámbito procesal y que se traduce en tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual.

Este principio lo encontramos en el art. 3 e) L.Pr.F. que establece: *“El juez garantizará la igualdad de las partes durante todo el proceso”* Por lo que es exigible a los juzgadores cumplir este principio, lo que se manifiesta a la vez en el deber de imparcialidad e independencia. VESCOVI señala: *“que la igualdad supone la bilateralidad y la contradicción, esto es, que el proceso se desarrolla, aunque bajo la dirección del juez, entre las dos partes, con idénticas oportunidades de ser oídas, y admitida la contestación de una a lo afirmado por la otra, en forma de buscar, de esa manera, la verdad. El juez, al sentenciar, conoce los argumentos de ambas partes”*²¹⁴. Agrega que modernamente se suele hablar de las garantías del debido proceso, como el grupo de las mínimas que debe haber para que pueda realmente decirse que existe proceso.

3. Principio Dispositivo: De acuerdo con Vescovi “un proceso está dominado por el principio dispositivo, cuando las partes pueden iniciarlo libremente y tienen la disponibilidad de este y de sus diversos actos” ²¹⁵ . Algunos códigos modernos contienen modificaciones principalmente en cuanto a las facultades del juez en materia probatoria y el impulso procesal, para el caso tenemos que el proceso de familia a pesar que inicia a instancia de parte salvo las excepciones legales y que las partes podrán ofrecer pruebas, presentar alegatos y

²¹⁴ VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis S. A. Santa Fe Bogotá, Colombia, 1984. p. 60 El autor señala en concordancia con este principio también suele afirmarse que existe el principio de la inviolabilidad de la defensa, como manifestación de que debe existir en todo momento “una oportunidad razonable de defensa”. Estas mínimas garantías se pueden sintetizar como, la debida comunicación de la demanda al demandado y razonable plazo para comparecer y defenderse; plazo de prueba en el cual las presentadas se comunican al adversario; iguales oportunidades de exponer sus alegatos y plantear sus recursos ante la sentencia debidamente notificada.

²¹⁵ *Ibídem* p. 52. Se señala que el proceso inquisitivo es el tribunal el que inicia el proceso, teniendo libertad de investigar y decidir sin estar sujetos a los límites que fijan las partes. En el sistema dispositivo el impulso procesal le corresponde a las partes y no al juez, de oficio. Aunque el autor señala en los sistemas procesales modernos, los procesos son mixtos, con predominio del principio dispositivo.

disponer de sus derechos, excepto cuando estos fueren irrenunciables, conforme al art. 3 a) de la ley del Procesal de Familia.

Generalmente lo general se rige por el principio dispositivo para el inicio del proceso y las partes no pueden disponer de sus derechos cuando fueren irrenunciables, en el proceso de familia hay excepciones a este principio y son aquellos procesos que pueden iniciarse de oficio atendiendo a los derechos que protegen como son: la suspensión o pérdida de la autoridad parental del art. 242 C.F. la nulidad absoluta del matrimonio cuando aparezca de manifiesto dentro de un proceso del art. 91 C. F., el nombramiento de tutor al menor o incapacitado que no lo tenga, cuando el tribunal tuviere conocimiento del hecho por cualquier medio del art.300 C. F. después de estos casos regulados expresamente, el Juez de Familia puede iniciar un proceso de oficio en casos de suma urgencia calificados por él y en atención al interés de la familia, pero son casos sumamente excepcionales y debe entenderse que es sólo el inicio o decretar algunas medidas cautelares e inmediatamente remitir oficio al Procurador General de la República para que intervenga brindando asistencia legal a esa persona para representarla en el proceso conforme al Art.194 II 1º y2º CN.²¹⁶

4. Principio de oralidad: Modernamente la tendencia sigue a implementar procesos orales por audiencias, ya que la oralidad permite la celeridad y una mayor transparencia del proceso, a la vez que se complementa perfectamente con los principios de intermediación y concentración. *“No hay régimen alguno de derecho positivo exclusivamente oral, sino que todos son mixtos. Los procesos que hoy se consideran como orales, tienen, en general, una fase de proposición escrita, una o dos audiencias orales (prueba y debate; a veces, inclusive la sentencia dictada al final de la última) y luego recursos de apelación y casación, también escritos. Son, por lo*

²¹⁶ Por mandato constitucional corresponde al Procurador General de la República, velar por la defensa de la familia y de las personas e intereses de los menores y demás incapaces, y dar asistencia legal a las personas de escasos recursos económicos.

*tanto mixtos. Más correctamente deberíamos llamarlos procesos por audiencias, ya que en esta trial es donde se realiza la parte sustancial del juicio”.*²¹⁷

El Proceso de Familia es un proceso mixto, ya que ciertos actos deben constar por escrito, como la demanda, la contestación, el planteamiento de algunos incidentes y la interposición de recursos de algunas resoluciones. Se regula un proceso oral por audiencias; una preliminar que consta de dos grandes fases: conciliatoria y saneadora y una audiencia de sentencia en la cual se reciben las pruebas ofrecidas por las partes, las que el juez haya ordenado de oficio, pueden comparecer los peritos si los hubiere, para aclarar o ampliar sus dictámenes y en esa misma audiencia se pronuncia el fallo correspondiente y también generalmente la sentencia y si esta última no fuere posible por diferentes circunstancias, el juez la debe pronunciar dentro de los cinco días siguientes a la celebración de dicha audiencia.

Los apoderados y las partes se expresan de viva voz en las audiencias, los primeros interrogan directamente a los testigos que han presentado, procede el conainterrogatorio de testigos de la contraparte y es el juez quien modera el interrogatorio, evitando las preguntas capciosas e impertinentes y procurando que el interrogatorio se produzca sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad del interrogado, en todo caso y momento debe velar por que se cumplan los principios de igualdad procesal y de contradicción.²¹⁸

5. Principio de inmediación: se materializa en el contacto directo del juez con los sujetos procesales y la producción y valoración de los medios probatorios, el juez percibe de primera mano todo lo que ocurre en el proceso, lo cual es de vital importancia porque le permite tener

²¹⁷ VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso, op. cit.* p. 59. El autor señala que La implementación de la oralidad en las audiencias no implica desechar la escritura, ya que éste es el medio idóneo para hacer constar en actas lo ocurrido en el desarrollo de aquellas.

²¹⁸ Es evidente las bondades de la oralidad lo que permite la celeridad y concentración de los actos procesales así por ejemplo de las resoluciones pronunciadas en audiencia se puede interponer recursos verbalmente conforme a los Arts.151, 156 L.Pr.F. y toda resolución pronunciada en audiencia se tiene por notificada en ese mismo acto a quienes estén presentes o debieron concurrir al mismo, tal como lo establece el Art.33 Inc.4º L.Pr.F.

un mejor conocimiento y apreciación de la realidad de los hechos; en ese contacto directo con las partes y al presenciar las declaraciones de los testigos, sus valoraciones no se limitan a lo expresado verbalmente, sino también es relevante el lenguaje no verbal, es decir, corporal como gestos, miradas, sonrisas, evasión del contacto visual al declarar, estados emocionales, posiciones corporales que siempre transmiten determinado mensaje, tonos de voz e incluso algunas veces contactos corporales entre algunas personas para transmitirse mensajes, todo lo cual es de trascendental importancia para dictar la decisión más justa al caso en particular.

La intermediación supone la participación del juez en el proceso convirtiéndose en el director del mismo, este principio está regulado en el Artículo 3 literal c) de la Ley Procesal de Familia, al establecer que “El juez deberá estar presente en todas las actuaciones y procurará la concentración de las mismas”; el quebrantamiento de este principio está sancionado con nulidad absoluta, además de la responsabilidad penal, civil o disciplinaria a que hubiere lugar, así lo regula el Artículo 8 de la citada ley al prohibir la delegación de funciones propias del cargo; la norma expresa: “El juez no podrá comisionar al secretario o a los empleados subalternos, la práctica de ningún acto procesal propio del ejercicio de sus funciones, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de la responsabilidad penal, civil o disciplinaria a que hubiere lugar”.

“Resulta difícil concebir una herramienta más poderosa para la búsqueda de la verdad histórica, que conferir al oficio el derecho-deber de observar y escuchar a los litigantes, a sus defensores y a los testigos y peritos. Y agrega que sólo cuando el proceso es “vivido” por el juez, puede éste ponderar las reacciones y gestos de partes y declarantes, pautas inapreciables para descubrir al mendaz o comprobar la veracidad de los dichos. Según VESCOVI, es natural que esto supone mantener la identidad del juez, (que recibe la prueba y que falla), que es una de las principales exigencias del sistema oral.”²¹⁹

²¹⁹ PEYRANO, citado por VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, op. cit. p. 60 En concordancia con esta opinión, la ley procesal de familia en el Artículo 122 LPF se establece que en la audiencia de sentencia “Concluidas las alegaciones se procederá en la misma audiencia a dictar el fallo.... Si fuere posible se dictará la sentencia, caso contrario, se pronunciará ésta dentro de los cinco días siguientes”, el corto plazo para dictar sentencia implica que la misma debe ser inmediata para que

6. Principio de concentración: Otro de los principio que se materializa mediante la oralidad y por él se procura reunir toda la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos y evitar la dispersión, lo que contribuye a la celeridad del proceso.²²⁰

En el art. 3 literal c) L.Pr.F. se regula como principio rector al establecer que el juez debe procurar la concentración de las actuaciones; tal principio tiene especial despliegue y aplicación en el desarrollo de las audiencias orales, ya que en las mismas se pueden resolver diferentes cosas a la vez.

El principio también aplica para los sujetos procesales en los actos que se presentan por escrito, así lo establece el literal f) del art. 3 “Las partes deberán plantear simultáneamente todos los hechos y alegaciones en que fundamenten sus pretensiones o defensas y las pruebas que pretendan hacer valer”. Igualmente podría considerarse como aplicación del principio de concentración la práctica de prueba anticipada, según la ley “el Juez podrá ordenar la práctica anticipada de cualquier prueba cuando no pueda efectuarse en la audiencia o cuando la dilación pueda provocar grave riesgo para el ejercicio del derecho”. art.54 L.Pr.F.

7. Principio de publicidad: Por este se entiende que el juicio es público para los sujetos que intervienen en el mismo, en el sentido que pueden tener acceso al expediente del proceso sin restricción alguna, para enterarse del curso que lleva y darle el impulso necesario cuando proceda.²²¹

El principio de publicidad también se establece como criterio fiscalizador de la actividad jurisdiccional por parte de la comunidad. Este principio tiene sus límites en la LEPINA, al

se tenga recientemente el material probatoria introducido en la audiencia para que el juzgador la valore y dicte su fallo.

²²⁰ VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, op. cit. p. 60. Por esta razón se afirma que este principio también está íntimamente relacionado con el de economía procesal.

²²¹ El Proceso de Familia como se ha expresado es un proceso por audiencias orales y públicas, pero el juez de oficio o a petición de parte puede ordenar la reserva de la misma. Art.3 literal d) L.Pr.F.

establecer está en su art. 53 la Garantía de reserva, la cual expresa básicamente el deber de secreto sobre los asuntos judiciales o administrativos relativos a los NNA, garantía que tiene dos excepciones, la primera relativa a que se permitirá el acceso a los expedientes a instituciones acreditadas que realicen investigaciones con fines científicos, con la condición de guardar secreto de las identidades y por otra parte se permite la reproducción total o parcial de los expedientes relacionados con NNA, cuando fueran en interés de de los mismos, para intentar acciones judiciales o administrativas o para divulgar la doctrina contenida, sin que pueda identificárseles.

8. Principio de gratuidad: este principio está vinculado a la gratuidad de la justicia que está regulada en nuestro ordenamiento jurídico y es la reafirmación de la naturaleza pública del proceso como institución, lo que está íntimamente relacionado al de tutela judicial efectiva o acceso a la justicia. La LEPINA en el art. 51 regula este principio al establecer: “se garantiza a los NNA el acceso gratuito a la justicia”, en consonancia con este el art. 221 expresa: “el juez y demás funcionarios que, en cualquier forma, intervengan en el proceso, no podrán cobrar emolumento ni derecho alguno, ni aceptar remuneración”.

A continuación se detallaran ambos procesos con la finalidad de brindar las generalidades de estos e ir definiendo a grandes líneas cuál de estos dos procesos sería el idóneo para tramitar las peticiones de sustracción internacional provenientes de los estados partes de la Convención de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

4.5.1 Proceso general de protección

Como se ha expresado con anterioridad, la lógica de actuación de la Ley de Protección Integral al tratar las vulneraciones de derechos de niños y adolescentes, debe ser verificado por una construcción procesal revestida por los derechos y garantías constitucionales plasmadas para tal efecto; siendo tal engranaje el denominado Proceso General de Protección, contenido a partir del art. 225 y siguientes de la LEPINA.

El proceso general de protección será el mismo proceso de familia establecido en la Ley Procesal de Familia, y servirá para satisfacer intereses estrictamente jurídicos de los sujetos legitimados tal como se ha explicado con anterioridad.²²² Importante es establecer los presupuestos por los cuales puede entablarse el proceso en mención, son los siguientes²²³:

a) Cuando las Juntas de Protección Departamental se nieguen *ab initio* a conocer de las amenazas violaciones de los derechos individuales de niños y adolescentes, agotados los recursos administrativos de esa instancia; tal presupuesto se basa primordialmente en el verdadero acceso a la justicia que todo niño o adolescente debe tener en un estado que basa su función en un real ordenamiento jurídico.

b) Cuando las Juntas de Protección Departamental hubieran desestimado las denuncias presentadas, agotado el recurso de revisión previsto en el procedimiento administrativo; con lo cual el legislador ha optado, realizar una verificación judicial estrictamente para verificar las premisas de procesabilidad que tuvo o no ha tenido el ente administrativo en su labor de impartir justicia. Esto es así porque uno de las expectativas con la implementación de las juntas de protección es que las vulneraciones de los derechos de los NNA se resuelvan en sede administrativa, como una justicia más cercana a la comunidad, y que solo lo que no se puede resolver por esta vía llegue a los tribunales. Es decir se trata de desjudicializar y que sea los tribunales la *Ultima Ratio*.

c) Cuando las Juntas de Protección Departamental sean las responsables de las amenazas o violaciones de los derechos de los niños o adolescentes; siendo la utilización del engranaje judicial como una instancia contralora del sistema administrativa de protección integral. En este aspecto es importante señalar que la vigencia de la LEPINA, es de data reciente, por lo que no obstante ha habido algunas vulneraciones de las juntas de protección, principalmente

²²² Según el Art. 225 Lepina, el proceso de protección se aplicara de forma supletoria las disposiciones del proceso de familia, haciendo la salvedad que se deben tomar en cuenta las condiciones especiales que prescribe la norma especial.

²²³ Todos los presupuesto que se desarrollan a continuación, se encuentran contenidos en el Art. 226 de la norma especializada, el cual tiene por acápite Asuntos sujetos al proceso general de protección.

referida al derecho de acceso a la justicia, el que implica pronta y cumplida justicia, ya que las juntas dilatan la resolución de los casos, no se ha presentado ninguna solicitud encaminada en este sentido, en el entendido que el sistema está en formación e implementación. .

d) Cuando sea necesaria la adopción del acogimiento familiar o institucional, previa evaluación y solicitud realizada por las Juntas de Protección.²²⁴ Este presupuesto va encaminado a dar una respuesta efectiva y eficaz, al conocerse sobre la vulneración de derechos o garantías de los niños y adolescentes; ya que lo que se verificara como fin último del proceso es la decisión de adoptar como medida de protección cualquiera de las medidas judiciales que prevé la norma, siendo esta la respuesta del estado a la problemática presentada.

e) Cuando se pretenda la revisión de la decisión administrativa que afecte el derecho de reunificación familiar del niño o adolescente; presupuesto que va enfocado a la revisión judicial de la afectación del derecho de reunificación familiar, es decir, aquel derecho de los niños y adolescentes a estar unificados en su núcleo familiar, cuando éste se encuentra en el extranjero por cualquier circunstancia, tal como lo prescribe el art. 45 de la LEPINA.

f) Cuando se promueva la acción de protección; este presupuesto va enfocado a las pretensiones de vulneración de derechos difusos o colectivos de niños u adolescentes, según sea el caso, estando contenidas en el art. 227 los pormenores de tal presupuesto.

En esta lógica de pensamiento, al establecerse los presupuestos que fundamentan el proceso general de protección, y haber mencionado la supletoriedad casi total del proceso de familia al de niñez y adolescencia, cabe sostener que las funciones jurisdiccionales tanto en los deberes

²²⁴ El art. 120 de LEPINA, regula lo relativo a los medidas de protección, las cuales son administrativas y judiciales, para el caso de estas últimas las medidas judiciales son acogimiento familiar e institucional, por ello es que en este literal se expresa que cuando es necesario la adopción de estas medidas se conocerán en Proceso General de Protección, previa solicitud de la junta de protección.

como obligaciones de los juzgadores son aplicables y necesarias en los procesos de la presente jurisdicción contenidos en los arts. 6 y 7 Ley procesal de familia.²²⁵

Prácticamente, el proceso general de protección es el mismo proceso de familia contencioso, con la salvedad de los supuestos de conocimiento por tal modalidad procesal, algunas reglas sobre la prueba y los contenidos a dictaminar en la sentencia. En todo lo demás estamos hablando de la tramitación del proceso contencioso familiar.

En este orden de ideas se puede afirmar que el proceso de familia se estructura, básicamente, en siete etapas principales: 1- demanda, 2- emplazamiento, 3-la contestación de la demanda, 4- el examen previo, 5- la audiencia preliminar, 6-la audiencia de sentencia y 7- la sentencia definitiva. Más dos etapas eventuales: 8- la impugnación de la sentencia por medio de recursos y 9- la ejecución de la sentencia. En todas ellas se configura una obligación del juez o jueza, de naturaleza estructural, cuya finalidad es evitar sentencias inhibitorias, esto es, sentencias que no resuelvan el fondo del asunto sometido a conocimiento y decisión, sino que, por una circunstancia de índole procesal haya que desestimar lo pretendido por las partes. En razón de ello en la estructura del proceso se evidencian tres fases importantes que buscan, precisamente, la ubicación y saneamiento de cualquier circunstancia que lleve imbita la posibilidad de dictar una sentencia inhibitoria.

En la fase de inicio, esa fase o filtro es el juicio de admisibilidad de la demanda. Con este acto procesal, propio del juez o jueza, se pretende que no ingrese al conocimiento judicial ninguna pretensión que no pueda ser susceptible de pronunciamiento judicial en su resolución de fondo. El art. 96 L.Pr.F. establece la obligación del juez o jueza de hacer prevenciones a la

²²⁵ Artículos que versan sobre el poder decisorio desde la perspectiva jurisdiccional tales como calificar competencia en razón de materia y territorio; la admisión de pruebas según corresponda; Imponer sanciones previstas en la ley a las partes procesales; asimismo, direccionamiento del proceso, declaratorias de nulidad, el poder decisorio conforme a derecho, entre otras.

parte demandante a fin de que aclare sus pretensiones, los hechos planteados, y en suma, todo aquello que vaya encaminado a obtener un pronunciamiento judicial de fondo.²²⁶

En la fase de desarrollo, existe otra etapa procesal en la que el juez o jueza puede advertir cualquier omisión, error, o circunstancia que no posibilite en el futuro de la tramitación el pronunciamiento de fondo sobre la pretensión planteada. Es el examen previo a que hace referencia el Art. 98 L.Pr.F. Este acto procesal, propio del juez o jueza, implica el estudio y análisis de la demanda, la contestación de la demanda y toda la documentación que se ha presentado en la concreción de dichos actos procesales de parte. Es el acto procesal preparativo de la audiencia preliminar. Si en dicho estudio y análisis se advierte cualquier omisión, error o circunstancia que pueda significar la posibilidad de un dictado de sentencia inhibitoria el juez o jueza lo debe advertir, a fin de poder subsanar, si fuera posible, esos errores u omisiones.

Luego, en la fase saneadora de la audiencia preliminar, se configura la otra fase o filtro en que puede subsanarse cualquier error u omisión. Se entiende, desde la ley, que pasada esta fase de la audiencia preliminar, el proceso queda listo para la realización de la audiencia de sentencia, en donde, con la actividad probatoria pertinente, se decidirá lo que corresponde a lo solicitado por las partes, y que no hay ninguna circunstancia (pues se ha previsto antes) que pueda llevar al juez o jueza a dictar una sentencia inhibitoria.

Estructuralmente el proceso esta ideado para que ninguna de las partes procesales quede en indefensión, por lo que para iniciar un proceso general de protección, se requiere de una demanda o solicitud, conforme a las reglas comprendidas en el art. 42 y siguientes de la ley procesal de familia, so pena de declarar la inadmisibilidad de la misma por incumplimiento de preceptos legales; por lo que una vez presentada la demanda, se realiza el examen de

²²⁶ Aquí es donde el juez o jueza, por ejemplo, debe calificar su competencia, de acuerdo al Art. 6, letra a) L.Pr.F. y debe dar el trámite que legalmente corresponda.

admisibilidad según lo establece el art. 95 del cuerpo legal antes mencionado²²⁷, pudiendo hacer uso de la facultad contenida en el art. 96 de la ley en comento, respecto a la subsanación de defectos, los cuales deben ser puntualizados por el Juzgador, so pena de declarar la inadmisibilidad de la demanda, la cual puede ser intentada de nuevo, teniendo la parte demandante un periodo de tres días para realizar tal acto procesal.

Admitida la demanda, se ordena el emplazamiento del presunto vulnerador de derechos, el cual según lo plantea el art. 97 de la ley procesal de familia, tiene un plazo de quince días hábiles a partir del día siguiente al de la notificación de la admisión de la demanda²²⁸. Posteriormente al finalizar el término legal para contestar la demanda, se realiza el examen previo, en el cual se analiza por parte del juzgador, la demanda y sus extremos, así como la contestación de la misma y sus elementos ofertados, lo anterior se realiza en un plazo de tres días máximo²²⁹.

En este punto, existe dentro de la ley de protección integral una particularidad a saber, y es lo referido a la carga probatoria, partiendo de la generalidad del onus probandi, que a la parte que alega el hecho le corresponde su probanza dentro del proceso, no obstante esta regla general, el Art. 228 de la norma antes mencionada, expresa que por la habitualidad, especialización u otro motivo, tal extremos probatorio, puede ser solicitado a la parte que mejor condición se encuentre de aportar los elementos de prueba; lo cual es entendible, en virtud del tipo de derecho del cual se trata, ya que es comprendido dentro del denominado

²²⁷ Por lo que el Juez tiene un plazo de cinco días para resolver sobre su admisibilidad, y si esta es admitida ordenará el emplazamiento del demandado.

²²⁸ Haciendo la aclaración que al contestar la demanda debe dar cumplimiento a lo contenido en el art. 46 y siguientes de la norma en familiar, en el sentido que debe ser por escrito, ofertando su elenco probatorio, así como es el momento procesal oportuno para allanarse, reconvenir y excepcionarse de lo prescrito por la demanda interpuesta.

²²⁹ Concluido el examen previo se señala fecha y hora para realizar la audiencia preliminar, (denotando en ese sentido la regla de los plazos procesales contenida en el Art. 36 de ese cuerpo legal, que establece que la misma no puede señalarse en un plazo no menor de diez días ni mayor de treinta días); notificando a las partes involucradas para tal efecto; asimismo, se hace saber a la persona o institución que tiene a su cargo el niño o adolescente para que se apersona a la realización del acto procesal.

derecho social, así como por las pretensiones que se ven involucradas y sometidas a la orden judicial.

Posteriormente se celebra la audiencia preliminar, la cual tiene como función primordial convertirse en un filtro para el juzgador, de las actuaciones llevadas a cabo hasta ese momento, asimismo, la fijación de los hechos que se conocerán dentro de la audiencia de sentencia y los elementos probatorios que allí se valorarán²³⁰. Un punto a tomar en cuenta, es lo relativo a la no contestación de la demanda, ya que si llegado el momento de la misma, no se ha contestado la demanda y esté o no el presunto vulnerador, no puede ser representado por el procurador adscrito al juzgado de niñez y adolescencia, debido a que el mismo, es representante de todos los sujetos de protección de la jurisdicción especial, es decir, niños, niñas y adolescentes sujetos de derechos dentro del mismo proceso, por lo que, tendrá que nombrársele un abogado de oficio a fin que este sea representado, y no se le vulnere sus garantías constitucionales y procesales.

Posteriormente, terminada la audiencia preliminar, y fijados los hechos y admitidos los medios de prueba, se señala día y hora para la celebración de la audiencia de sentencia²³¹. En el desarrollo de esta audiencia, se da cumplimiento a lo establecido en los arts. 114 y siguientes de la normativa procesal de familia, concluyendo en un fallo como tal, siendo otra diferencia particular con el proceso de niñez y adolescencia, en el sentido que la sentencia que se dicte, se contemplará de manera exclusiva lo contenido en el Art. 229 LEPINA²³², haciendo la

²³⁰ Hay que tener en cuenta que en los procesos de niñez y adolescencia, las fases conciliadora contenida en la ley de familia, no es aplicable en el mismo, debido a la naturaleza de las pretensiones, no así la fase saneadora la cual es utilizada a fin de enmendar cualquier tipo de defecto que se lleve hasta ese momento del proceso.

²³¹ Ordenando la citación de los testigos, especialistas, peritos y del Procurador de Familia.

²³² La sentencia del proceso general de protección puede contener los siguientes supuestos: a) Ordenar que cese la amenaza o vulneración del derecho y el restablecimiento del mismo; b) Ordenar al infractor que se abstenga de reincidir en su comportamiento; c) Ordenar que el grupo familiar o cualesquiera de sus miembros asistan a programas de orientación y apoyo socio-familiar o médicos; d) Ordenar las medidas necesarias para garantizar el efectivo ejercicio del derecho amenazado o vulnerado; e) Librar los oficios correspondientes a las instituciones estatales o entidades de atención que deben cumplir o hacer cumplir las medidas adoptadas para el restablecimiento de los derechos amenazados o vulnerados; f) Imponer las sanciones previstas en el Título VI, del Libro II, de la

aclaración que los medios de prueba reproducidos en la audiencia de sentencia, serán valorados según el sistema de valoración de la sana crítica racional. Aunado a esto, es de destacar que de la sentencia que se dicte en primera instancia, se utilizarán los medios recursivos que la ley procesal de familia consagra, a excepción del recurso de casación contenido en la misma.

Es necesario aclarar que conforme al art.244 cuyo acápite es duración de los procesos señala que en primera instancia los procesos tramitados con base en la presente Ley especial, tendrán una duración máxima de veinte días hábiles contados desde la fecha de admisión de la demanda, el recurso de apelación se resolverá definitivamente en el plazo máximo de quince días hábiles a partir de la admisión del respectivo recurso, lo cual es contradictorio con lo dispuesto en el art.225 que señala que para el proceso general de protección se regirá por el proceso de familia, por lo que es imposible cumplir ya que solo para la fase de emplazamiento en el proceso de familia dura quince días hábiles. Y un proceso contencioso en la Ley Procesal de Familia puede durar de tres a cinco meses.

4.5.2 Proceso abreviado.

En los procesos regulados en la LEPINA, se aprecia que a partir del título V capítulo I, se regula el Proceso Abreviado. Por procedimiento abreviado se entiende aquel proceso con una tramitación más expedita, esto debido a que los asuntos sujetos a dicho proceso son de vital importancia; por lo que, deben ser resueltos en un plazo breve. También se puede decir que el proceso abreviado es un proceso de emergencia; presentando diferentes características a las del proceso general de protección principalmente en sus elementos probatorios, el objetos del mismo y en el plazo de su tramitación. Su ámbito de aplicación resulta de lo dispuesto en el

presente Ley, según la gravedad del caso; g) Fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que a favor de la niña, niño o adolescente deba pagar el infractor, la cual comprenderá el resarcimiento del daño psicológico y el daño material ocasionados; conforme a la prueba vertida para tales efectos; y, h) En caso de intereses colectivos o difusos, el juez determinará específicamente los alcances del fallo y un plazo razonable para su plena ejecución.

art. 230 LEPINA, el cual enuncia cuatro situaciones que se tramitaran por dicho proceso, siendo las siguientes pretensiones:

- a) La revisión, a instancia de parte de las medidas administrativas de protección impuestas por la Junta de Protección. Esta causal se establece para los casos en que finalizado el procedimiento administrativo y habiendo agotado el recurso de revisión que se regula en el art. 211 de la ley especializada, y si aún una de las partes se siente inconforme con la resolución brindada, podrá interponer la revisión de la medida dictada ante los juzgados especializados, quien actuaría como segunda instancia.²³³ Es decir que la parte que se considere agraviado por la decisión de la junta de protección respectiva podrá acudir a la sede judicial de niñez y adolescencia a intentar que el juez revise la decisión adoptada por la junta.
- b) El cumplimiento de las medidas dictadas por las juntas de protección cuando sus destinatarios se nieguen a acatarlas. Si al momento de dictar la resolución definitiva en la audiencia única realizada en la fase administrativa, los denunciados se negaren a acatar las medidas o sanciones interpuestas por dicho ente administrativo, este podrá solicitar al juzgado especializado competente que realice el proceso adecuado para velar por su cumplimiento, siendo correspondiente conocerlo en proceso abreviado. Se entiende que las medidas a las cuales se hace referencia son las que se citan en el 120 de la LEPINA, artículo en el cual, enuncia las medidas administrativas de protección. A manera de ejemplo tenemos: que se denuncie la negativa de un centro escolar a matricular a un niño, niña o adolescente; porque, este no profesa la religión que se imparte en dicho centro educativo, y que, aun sancionándose por la junta de protección que se incorporara al mismo, dicho centro educativo

²³³ Dichos parámetros son consideraciones establecidas por la Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia, en sentencia pronunciada por los señores magistrados que la conforman a las quince horas con cuarenta minutos del día diecinueve de diciembre del año dos mil doce, y clasificada bajo número de referencia 16/A/SM1/12-1, Además dicha sentencia hace una interpretación integral considerando que si la junta de protección llega a una resolución en sede administrativa pero aun así remite el expediente a los juzgados correspondientes, se entenderá que estas estarán actuando como parte y deberá procederse a la revisión de la medida aplicada en sede judicial.

continúe negándole la matrícula en dicho centro y su respectiva incorporación a su proceso educativo formal.²³⁴

- c) La autorización de la intervención, hospitalización o administración de tratamiento médico para una niña, niño o adolescente cuando uno de sus padres, representantes o responsables se encuentre ausentes o se oponga a la medida; dichos casos son más frecuentes entre la tramitación del proceso abreviado, para los casos en concretos es entendible que sean tramitados bajo la modalidad del abreviado; ya que, es menester que se dicte una resolución pronta para solucionar los problemas de salud que puedan estar padeciendo el niño, niña o adolescente. Los casos más frecuentes que se presentan son los relacionados a las creencias religiosas de sus padres y amparados en ello, dejan de aplicarlos o someter a los hijos a los tratamientos médicos indicados.

- d) La autorización para la salida del país de la niña, niño o adolescente, cuando la madre, padre o quien ejerza su representación legal se encuentre ausente o se negare injustificadamente a dar dicha autorización. Para el caso quien presenta la negativa deberá demostrar que su negativa no es infundada. Es necesario revisar los presupuestos legales establecidos en el art. 44 de la Ley Especializada, dicha disposición regula que cuando el padre o la madre se negaren injustificadamente a dar la autorización correspondiente; será en estos casos donde dicha autorización se otorgara por vía judicial, estableciendo además, que dicha autorización se brindara conocerá por medio de proceso abreviado. Además es importe señalar que generalmente la autorización para salida del país lleva imbita la autorización para la extensión del pasaporte.²³⁵

²³⁴ Dicho supuesto es corroborado con lo establecido en los arts. 83 y 86 lit. a) referente al acceso a la educación y cultura; los cuales, establecen que el Estado garantizara la educación y la cultura en condiciones de igualdad y sin ningún tipo de discriminación.

²³⁵ Conforme a los lineamientos adoptados por la Dirección General de Migración y Extranjería para la extensión del pasaporte deben comparecer ambos padres o ser autorizados por acta ante notario el padre que no comparezca al acto de emisión del mismo. Requisitos para obtención de pasaporte de niños, niñas o adolescentes en <http://www.migracion.gob.sv>

En estos procesos como se ha desarrollado anteriormente se ha conocido las causales que son sujetos del proceso abreviado, ahora es necesario realizar una interpretación del desarrollo de dicho proceso, sus etapas procesales y los plazos para su desarrollo.

En relación a esto la primera fase será la de admisión de la demanda, referido al examen inicial del art. 231 LEPINA, que como es sabido le corresponde al Juez, dirigir y adecuar el proceso a lo que legalmente corresponde, atendiendo lo establecido en el art. 7 Lit. b de la Ley procesal de familia, otorgándole tal disposición la facultad al juez de orientar el proceso con el fin de evitar una sentencia inhibitoria. Otra diferencia o modalidad en materia de niñez y adolescencia es que otorga al juez la facultad de subsanar de oficio, los defectos subsanables que presente la demanda o solicitud, tal y como lo señala en el art. 232 de la LEPINA. El punto primordial a señalar en el proceso abreviado es el regulado en el art. 233 de la Ley en comento, siendo que en el auto de admisión de la demanda el juez deberá señalar el día y la hora en que se realizara la audiencia única, señalamiento que no puede exceder de veinticuatro horas.

La LEPINA no establece cuáles son los requisitos que debe contener la demanda, por lo que, de conformidad a lo establecido en el art. 215 LEPINA, se remite a las reglas generales de la Ley Procesal de Familia. Dicho cuerpo normativo regula, en su Art. 42, los requisitos básicos de la demanda. Estos se pueden agrupar, para efectos didácticos, en subjetivos, objetivos y de actividad o forma. Los requisitos subjetivos (art. 42, letras a, b y c Ley Procesal de Familia) están referidos a las personas del juez o jueza, las partes y demás sujetos procesales. Particularmente, hay que decir, debe establecerse o individualizarse al juez o jueza, a la persona demandante y a la persona demandada. En el caso particular del juez o jueza es importante su individualización, por cuanto el Art. 6 de la L.Pr.F. establece como atribución del juez el calificar su competencia, y por tanto al momento de recibir la demanda el primer análisis a realizar es el que tiene que ver con la competencia.²³⁶

²³⁶ Estos requisitos pueden visualizarse en la sentencia de la Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia de fecha 12 de diciembre de 2011 Ref. 8/A/SM2/11-1 en proceso para salida del país y entrega de pasaporte.

En cuanto a los requisitos objetivos art. 42, letras d, e y f L.Pr.F., es preciso hacer hincapié en la narración precisa de los hechos que sirven de fundamento a la pretensión, la pretensión misma, planteada con claridad y precisión, y el ofrecimiento y determinación de los medios de prueba. La narración precisa de los hechos es fundamental pues es lo que a la postre se convertirá en el objeto de la prueba. Es decir, la prueba versará sobre los hechos alegados en la demanda y en la contestación de la misma, por regla general.²³⁷

De ese contexto bien diseñado, entonces, se pasa al requisito de plantear, en forma clara y precisa, la pretensión. Claridad y precisión nos indican que lo que se pide al juez o jueza debe estar suficientemente delimitado en condiciones de modo, tiempo y espacio. Esto es importante, por la vigencia del principio de congruencia, que consagra la ley procesal de Familia en el Art. 3, letra g).

Es importante destacar el contenido de la letra i) del precitado Art. 42. Éste determina que es necesario además cumplir con otros requisitos que de acuerdo a la naturaleza de la pretensión exija la ley o sea indispensable explicar. Estamos en presencia de dos supuestos: Sea que se trate de requisitos que la ley exige, de acuerdo a la naturaleza de la pretensión, o, de requisitos que sea indispensable explicar por lo mismo.

Al respecto de la estructura que deberá seguir la audiencia única, la cámara especializada de la Niñez y Adolescencia se ha pronunciado en los siguientes términos:

1. Apertura de la audiencia y constatación de la presencia de las partes.
2. Resumen de los hechos y pretensiones planteadas en la demanda, y de las pruebas ofertadas.
3. Traslado al demandado junto a su apoderado/a para que conteste la demanda.
4. Opinión del niño, niña o adolescente, de acuerdo a las reglas del Art. 209 LEPINA.
5. Fijación de los hechos

²³⁷ la disposición habla de relación circunstanciada de los hechos. Esto quiere decir, sin más, que debe plantearse un cuadro fáctico lo suficientemente detallado, histórico, contextualizado, que narre con precisión todas las circunstancias que se vinculan al hecho: antecedentes, consecuencias pasadas y futuras, vinculación de personas o instituciones, etc.

controvertidos. 6. Admisión de la prueba e incorporación de la prueba documental. 7. Actividad probatoria. 8. Alegatos finales y 9. Sentencia.²³⁸

4.6 Análisis de los casos de sustracción Internacional en la jurisdicción de niñez y adolescencia

A partir de la entrada en vigencia de la LEPINA, los juzgados especializados de niñez y adolescencia son los encargados de resolver los casos de sustracción internacional, presentándose un total de ocho casos los que se analizarán en este apartado con la finalidad de verificar cual fue el procedimiento seguido por los diferentes juzgadores y así establecer las dificultades con las que se encuentran en el cumplimiento de plazos al no existir un proceso definido para tal proceso. En este apartado se analizarán nueve procesos tres conocidos en la zona occidental, tres de San Salvador y dos de la zona oriental del país.

1°. El primer caso que fue conocido por la jurisdicción de Niñez y Adolescencia se presentó en el Juzgado Especializado de Santa Ana, el día seis de junio del dos mil once, solicitud presentada por la Autoridad Central representada por la Procuraduría General de la República, a quien después de hacerle unas prevenciones se le admitió la solicitud en fecha diez de junio, proceso en el cual dio trámite de Proceso General de Protección en su modalidad de diligencia de jurisdicción Voluntaria, es decir se siguió tramitando tal cual lo hacían los juzgados de familia antes de la entrada en vigencia de la LEPINA,²³⁹ la jueza justificó: *“Acotado que ha sido lo anterior, es de hacer notar que nuestra legislación no ha desarrollado un procedimiento específico o especial para tramitar este tipo de casos, sin embargo la Ley de*

²³⁸ CAMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SAN SALVADOR, de fecha día doce de Diciembre del dos mil once. Ref. 8/A/SM2/11-1. En este sentido la Cámara especializada se dio a la tarea de informar sobre que debe contener la audiencia única en el proceso abreviado, ya que en el caso concreto, la misma no se había realizado con las formalidades requeridas para este tipo de audiencias,

²³⁹ NUÑEZ FRANCO, Evelyn y María de los Ángeles FIGUEROA en la *Propuesta de Manual Judicial y de Autoridad Central de Aplicación de la Convención de la Haya, del 25 de Octubre de 1980 sobre los aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores*. Esta propuesta de manual era que los jueces de familia utilizaban antes de la vigencia de la LEPINA, para la tramitación de los casos.

Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece dos clases de procesos: El General de Protección y El Abreviado, siendo éste último un proceso con plazos muy breves, a fin de brindar una respuesta rápida y efectiva a la pretensión que se formula; en esta lógica es de exponer que por la naturaleza de la pretensión expuesta por la Licenciada Castro Avilés, este proceso en mención es inadecuado para la pretensión mencionada, ya que por la brevedad de los plazos se torna imposible el uso del mismo para tramitar la pretensión, además hay que apuntar que la petición en este caso conlleva elementos de extranjería que podrían limitar a cualquiera de las partes para la obtención de elementos necesarios en el proceso que se inicia; es así la suscrita es del criterio que para el trámite del presente caso, el tipo de procesos que más se adecúa es el Proceso General de Protección, por sus plazos y formas de los actos procesales que conlleva”²⁴⁰.

Sin embargo se tramita con el plazo de diligencia de jurisdicción voluntaria, argumentando la jueza: “ *En vista que del contenido de la subsanación de las prevenciones realizadas, establece la Defensora Pública Especializada de Niñez y Adolescencia, Licenciada Castro Avilés, que su escrito es presentado contra los señores xx, razón por la cual no obstante haber sido solicitado como Diligencias y no por un proceso contencioso; se colige que existe en sí conflicto entre partes procesales; por lo que debería optarse por el proceso ordinario, no obstante lo anterior esta Juzgadora para aplicar el Principio de Interés Superior de los Niños regulado en el Art. 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en cuanto a interpretar, aplicar e integrar la norma activa, es del criterio que se optará por las formas procedimentales de las Diligencias de Jurisdicción Voluntaria que regula la Ley Procesal de Familia en los Art. 179 y siguientes, lo anterior en aras de garantizar la celeridad del proceso de restitución de los niños xx y a efectos de dar cumplimiento a lo prescrito en los Arts. 2 y 11 inciso primero del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción*

²⁴⁰ JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SANTA ANA, Ref. 03-PGP(D)-J-2-2001-2 Resolución Interlocutoria dictada a las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del día die de junio de dos mil once. Se justifico el uso del proceso general de protección ya que la pretensión planteada de sustracción internacional podría requerir elementos que se debían pedir a la autoridad central del país y esta a su vez a la del país de origen lo que imposibilitaría cumplir con el plazo del abreviado

*Internacional de Menores, en el sentido de aplicar el procedimiento de urgencia que se disponga en el país donde se encuentre sustraído o retenido ilegalmente alguna niña, niño o adolescente*²⁴¹.

En la misma admisión se ordenó la realización del estudio social en el lugar de residencia de los niños con la finalidad de localizarlos, es decir ubicar su residencia en el país, señalando la audiencia de sentencia el día veinte de junio. Audiencia en la que las personas demandadas accedieron amigablemente a la restitución.²⁴²

En conclusión en este proceso, desde la presentación de la demanda por la autoridad central hasta el acuerdo conciliatorio transcurrieron catorce días, es decir se cumplió con el plazo de urgencia que señala el convenio.

2°. El segundo proceso analizado se presentó al juzgado especializado de Santa Ana, el día nueve de agosto de dos mil once, por medio de la Procuraduría General de la República en su carácter de autoridad central, luego de una serie de prevenciones realizadas a la autoridad central se admitió la demanda el día dos de septiembre de dos mil once, el proceso se tramita por Proceso General de Protección, con los plazos establecidos para las diligencias de jurisdicción voluntaria, con los mismos argumentos esgrimidos en el caso primero que se ha analizado.²⁴³

²⁴¹ JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SANTA ANA, Ref. 03-PGP(D)-J-2-2001-2. En el proceso de familia existen dos tipos de procesos el contencioso y el de jurisdicción voluntaria, en el caso concreto la jueza se decanta por este último en cuanto a los plazos para tramitar el proceso general de protección, ya que si se decantaba por el contencioso, excedía las seis semanas que el convenio establece para la tramitación de las solicitudes de sustracción o retención.

²⁴² JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SANTA ANA, Ref. 03-PGP(D)-J-2-2001-2 Resolución Interlocutoria dictada a las catorce horas y cuarenta y cinco minutos del día die de junio de dos mil once. En este caso la entrega de los niños por el mismo acuerdo entre las partes fue en 20 de julio, luego de un tratamiento psicológico de los niños.

²⁴³ JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SANTA ANA Interlocutoria del día dos de septiembre de dos mil once. Ref. No. 06-PGP-J2-2011-2. Es decir, en esta resolución se mantuvo el criterio de tramitar la solicitud de restitución por proceso general de protección acortando los plazos y utilizando el plazo que la L.Pr.F. utiliza para las diligencias de jurisdicción Voluntaria.

Se ordenó el estudio social y se programó para sentencia el día veintidós de septiembre de dos mil once, la que inició y se suspendió para seguirla el día treinta de septiembre, fecha en la que se dictó sentencia estableciéndose que si existía retención ilícita y se denegó el retorno al país de origen, debido: *“Deniégle la Restitución a los Estados Unidos de América del niño xx, país de origen del mismo, debido a haber quedado demostrada su integración a este país y su expresa oposición a la restitución”*²⁴⁴

Este proceso se tramitó en siete semanas, es decir un poco más de siete semanas, desde la presentación de la solicitud aclarando que no se debió a demora en la administración de justicia, sino a que la autoridad central no contaba con toda la documentación que amparara su petición, lo que dilató la admisión de la solicitud.

3° En el juzgado de Niñez y Adolescencia de Salvador, se presentó el tercer caso de sustracción internacional mediante solicitud presentada por abogado particular el veintidós de julio de dos mil once, el cual luego de una serie de prevenciones fue admitido el veintinueve de julio de dos mil once, interlocutoria mediante la cual se ordenó dar el trámite de proceso abreviado a dicha solicitud.²⁴⁵

Asimismo se ordena realizar por parte de equipo multidisciplinario el estudio psicosocial educativo, al mismo tiempo que se le solicita a la autoridad central representada por la procuraduría general de la república se pronuncie sobre la petición que se le había realizado previamente por el demandante, además el juzgado dicta medida cautelar de restricción de salida del país y señala para la audiencia Única el quince de agosto de dos mil once.

²⁴⁴ JUZGADO ESPECIALIADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SANTA ANA, Sentencia de fecha treinta de septiembre de dos mil once. Ref. No. 06-PGP-J2-2011-2. Por esta demora por parte de la autoridad central es que es necesario que la PGR cuente con un protocolo de actuaciones en casos de sustracción.

²⁴⁵ JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR, Ref. 14-230-PA-11-J2C2. Se requiere a la autoridad central PGR que señale porque no tramitó la solicitud de restitución que previamente le habían solicitado.

Audiencia única que es suspendida para requerir prueba idónea y se ordena la continuación el veinte de agosto, fecha en la que se resuelve ordenar la restitución del niño, ordenando medidas cautelares de abstención de todo acto molesto o intimidatorio por parte de la demanda por treinta días. La sentencia es dictada el siete de septiembre señalándose audiencia para entrega de pasaporte y se deja sin efecto la restricción migratoria ordenada previamente.

En este proceso abreviado tampoco se cumplió el plazo establecido en la ley especial para la tramitación del mismo, ya que desde el señalamiento de la audiencia inicial no se hizo en el plazo establecido que son veinticuatro horas como máximo contados a partir de su señalamiento.

4° Juzgado Especializado de San Salvador, se presentó la solicitud por medio de la autoridad central, el once de noviembre de dos mil once, luego de una serie de prevenciones se admitió la solicitud con fecha veintinueve de noviembre del dos mil once, en la que se ordenó tramitarlo por el proceso abreviado conforme al art 230 LEPINA justificando que este era el proceso idóneo en virtud de cumplir con lo establecido en los principios prioridad absoluta e interés superior de la ley, se ordena verificar las condiciones socio ambientales en las que se encuentra el niño, para lo cual se le conceden tres días hábiles al equipo multidisciplinario para presentar el estudio psicosocial educativo. Se señala la audiencia única para el nueve de diciembre del mismo año.²⁴⁶

En la fecha señalada se suspende la respectiva audiencia, para la verificación de una prueba, dicha audiencia continué en fecha veintiuno de diciembre, en la que se resolvió si lugar la

²⁴⁶ JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR Ref. 19-230PA-2011-J2C1. En esta interlocutoria se puede apreciar que la jueza ordena un estudio psicosocial educativo para verificar las condiciones ambientales del niño, para lo cual le concede el plazo de tres días hábiles al equipo técnico, lo que implica de entrada que aunque se reconoce que el proceso idóneo para conocer es el abreviado, no se cumple el plazo de señalar la audiencia en las veinticuatro horas siguientes a la admisión de la solicitud.

restitución, emitiendo la sentencia correspondiente el día tres de enero de dos mil doce, la cual fue impugnada y fue confirmada la misma en fecha veintinueve de febrero.²⁴⁷

Al respecto el recurso de la apelación es importante señalar que la Cámara Especializada de niñez y adolescencia se pronunció sobre el procedimiento seguido por la jueza en los siguientes términos: *“Con la vigencia de la LEPINA nos parece claro que el proceso abreviado es la opción en nuestro sistema. Ello es así por cuanto, al analizar los Arts. 230 al 240 LEPINA, constatamos que los plazos para la solución de un caso por dicha vía son muy breves, y al menos desde la forma, se prevé su solución en un máximo de tres días, desde luego tomando en cuenta que ese plazo puede ampliarse debido a la práctica de los actos de comunicación procesal... Tanto el proceso de familia contencioso, como las diligencias de jurisdicción voluntaria en materia de familia superan, desde la letra de la ley, los plazos para el conocimiento de los asuntos pertinentes, a los establecidos en la LEPINA, particularmente en lo referente al proceso abreviado.”*²⁴⁸.

Al igual que en los procesos anteriores aquí tampoco se cumplió con el presupuesto del señalamiento de la audiencia en el plazo establecido en la ley y no por las comunicaciones procesales como expresa la cámara puede ampliarse el plazo, sino más bien, por la aportación de pruebas y la realización del informe del equipo multidisciplinario.

5° En el juzgado especializado de niñez y adolescencia de San Miguel, presento la autoridad central representada por la Procuraduría General de la República la solicitud de restitución el treinta de mayo de dos mil doce,²⁴⁹ se realizan una serie de prevenciones, las que son

²⁴⁷ CAMARA ESPECIALIZADA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SAN SALVADOR, Ref. 1/A/SS2/12. Al denegarse la restitución se hizo uso de los recursos que la ley franquea, siendo confirmada la resolución del juzgado, cabe señalar que con esta resolución de cámara queda firme la sentencia de primera instancia ya que como se ha dicho líneas atrás en materia de niñez no existe la casación.

²⁴⁸ *Ibíd.* En la decisión de la Cámara se expresa con claridad que si la solicitud de sustracción se tramitaba por el proceso general de protección, que remite al proceso de familia, este excede los plazos establecidos en el Convenio.

²⁴⁹ JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN MIGUEL Ref. SM-JENA-PA-15-2012(2)R/2. Como se puede apreciar en esta, como en otros autos interlocutorios por los

subsanadas y se admite la solicitud el cinco de junio, señalándose audiencia única el día ocho de junio, fecha en la que se suspende por prueba que presenta el demandado, continuando la audiencia el once de junio y dictando la sentencia respectiva el 18 de junio, que resolvió No ha lugar la restitución, la cual fue impugnada, y confirmada por la Cámara Especializada en fecha trece de julio de dos mil doce.

Desde la presentación de la demanda, hasta la sentencia de la Cámara transcurrieron más de ocho semanas, no cumpliéndose el trámite previsto en la convención para la resolución de los casos, ni el plazo del proceso abreviado de LEPINA.

6° La Procuraduría General de la República, representando a la autoridad central, presento solicitud de restitución inmediata de menores al Juzgado de niñez y adolescencia de San Salvador, el día veintitrés de mayo de dos mil doce, juzgado que admitió dicha petición en el veinticuatro de mayo en la referida resolución la jueza acoto:

“En cuanto a la competencia para conocer del presente caso, es de hacer constar que el Artículo 230 LEPINA prevé los supuestos en los que procede la promoción del Proceso Abreviado, entre los cuales no se designa expresamente el proceso de traslado o retención ilícitos; no obstante, haciendo una interpretación de los establecido en el artículo 43 LEPINA, que señala el traslado y retención ilícitos, y la obligación estatal de evitar estas prácticas; en relación a los criterios de competencia del artículo 216 y 217 a) de la misma; y en atención a los artículos 1,2,3, y 7 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, acorde a la finalidad Estatal que señala el artículo 1 Cn. Y a la finalidad de la LEPINA, señalada en el artículo 1 de la misma, facilitando el derechos Constitucional de Acceso a la Justicia por medio del proceso más ágil con que cuenta la Ley, y siendo una de las atribuciones de la suscrita, calificar la competencia, puede concluirse que es

juzgados de niñez en procesos de sustracción internacional siempre se realizan prevenciones, es decir que la autoridad central no presenta en legal formas sus solicitudes, lo que hace que se dilaten igualmente los plazos para resolver la situación jurídica de los NNA que se encuentren inmersos en estos procesos.

el Juez de Niñez y Adolescencia, el competente para conocer los casos de retención y traslado ilícitos, por medio del proceso abreviado.”²⁵⁰.

Se ordena el informe psicosocial y educativo de la niña, reflejándose en dicho informe cómo se encuentra la niña en su entorno, la adaptación al hogar, debiéndose brindar las recomendaciones psicológicas respecto a si hay afectación de la niña por la retención de la cual se alega ha sido objeto; y señalando si la restitución de la niña a su residencia habitual bajo el cuidado de la madre, garantizaría su desarrollo integral y su integridad psicológica y emocional.

En la admisión la jueza advierte: *“No obstante el plazo establecido en el artículo 233 LEPINA para el señalamiento de audiencia, considerando que el Equipo multidisciplinario adscrito debe trasladarse a San Pedro Masahuat, y que no es factible que se haga este mismo día, por no estar en la programación de rutas de esta fecha y contar con un solo vehículo asignado que está fuera de este juzgado; y considerando que debe realizarse el emplazamiento y citas a través de un juzgado de Paz, en vista de la competencia territorial de este juzgado sobre siete Departamentos, lo cual impide que el notificador de este juzgado lo haga personalmente debido a la carga laboral.”²⁵¹ En la audiencia única que se señaló para el veintiocho de mayo se resolvió *“Téngase por HOMOLOGADO el acuerdo entre la parte demandante y demandada, en el sentido que se RESTITUYA.”²⁵²**

²⁵⁰ JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR Ref. 11-AB230-2012 J1C1 Interlocutoria de fecha veinticuatro de mayo de dos mil doce. La jueza se declaró competente para conocer de la pretensión.

²⁵¹ JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR Ref. 11-AB230-2012 J1C1 Interlocutoria de fecha veinticuatro de mayo de dos mil doce. En San salvador, la carga laboral de los juzgados especializados de niñez y adolescencia es bastante elevado, razón por la cual, los plazos para el señalamiento de los procesos abreviados no se están cumpliendo en muchos de los casos, mas cuando los juzgadores requieren de estudios psicosociales de los equipos multidisciplinarios, y esto es así ya que la competencia territorial de dichos juzgados es de siete departamentos.

²⁵² JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR Ref. 11-AB230-2012 J1C1 sentencia de fecha veintiocho de mayo de dos mil doce. Aquí se pone de manifiesto o que señala en Convenio en cuanto a procurar el retorno o voluntario de los niños.

7° Al juzgado especializado de niñez y adolescencia de San Miguel por medio de abogado particular se presenta en fecha treinta de abril de dos mil doce solicitud de restitución internacional,²⁵³ la cual fue admitida, luego de una serie de prevenciones el día nueve de mayo, tramitándose mediante el proceso abreviado, en el auto de admisión se ordena la realización del estudio psicosocial y se señala audiencia única para el quince de mayo, la cual fue suspendida en dicha fecha y se reprograma para el día veintidós de mayo, fecha en la que se suspende por incomparecencia del demandado y los niños, señalando nuevamente para el veinticuatro de mayo, se vuelve a suspender dicha fecha por no contar con unas traducciones el tribunal y señala para el veintiocho del mismo mes, terminando la audiencia única en fecha veintinueve de mayo en la que se declara No al lugar la restitución, dictando la sentencia el día cinco de junio, presentándose recurso de apelación de dicha sentencia el once de julio, la cual es ratificada por el tribunal de alzada en fecha cuatro de julio de dos mil doce.

En este proceso analizado si bien la admisión de la demanda se hace en el término que se señala para el procedimiento abreviado, la audiencia única no fue evacuada en el plazo establecido en la LEPINA, ya que sus múltiples suspensiones, hasta la emisión de la sentencia de segunda instancia transcurrieron casi tres meses, es decir, sobrepasando sobremanera las seis semanas que señala el Convenio de la Haya para tramitar las peticiones de sustracción internacional.

8° En el juzgado Especializado de niñez y adolescencia de San Salvador, se presentó solicitud por restitución internacional en fecha dieciséis de julio de dos mil doce, por parte de la Procuraduría General de la República, actuando como Autoridad Central, realizándose prevenciones que fueron subsanadas y se admitió la solicitud en fecha veintisiete de julio de dos mil doce.²⁵⁴

²⁵³ JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN MIGUEL Ref. SM-JENA-PA-13-2012(2)R/1. De los casos analizados son muy pocos los que se presentan por medio de abogados particulares directamente, casi en su mayoría son presentados por la autoridad central es decir por la Procuraduría General de la República.

²⁵⁴ JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR Ref. 16-230PA-2012-J2C2. Se ha observado generalmente que las solicitudes de sustracción o retención no

En el auto de admisión se ordena realizar el estudio psicosocial educativo por parte del equipo técnico del tribunal y se señala la audiencia única el día siete de agosto de dos mil doce, fecha en la que suspende y se reprograma para el día ocho, fecha en la que se autoriza por parte del juzgado régimen de contacto y habiendo conciliación, se reprogramarla misma para el diez de agosto audiencia en la que se aprueba el acuerdo emitido de conciliación considerando la jueza la condición de sujetos plenos de derechos para los niños. Y expreso además el objeto de la convención de la haya sobre sustracción como de la Lepina es evitar la práctica constante de la retención ilícita, por lo que el motivo que conllevó la demanda ha sido superado en su totalidad, se llega a la convicción que en el presente caso no se ha generado una vulneración de derechos en cuanto a retención o sustracción internacional, ya que la madre ha resuelto devolver los niños a su padre; por lo que el acuerdo presentado por los padres van conforme a los postulados de la Lepina, por lo que es procedente decretar la restitución de los niños, con lo cual se busca las medidas necesarias para efectivizar el ejercicio de los derechos de contacto entre padres e hijos (79 LEPINA)²⁵⁵.

En el mismo sentido de los casos anteriormente analizados en este proceso tampoco se cumplió con el plazo del proceso abreviado, por en este caso en concreto la jueza justifico que no cumpliría el plazo debido a las comunicaciones procesales y la práctica del informe del equipo multidisciplinario.

9° Juzgado de Santa Ana, se presentó la solicitud por medio de abogado particular el día tres de agosto de 2012, admitiendo la solicitud el siete de agosto dándole el trámite de proceso abreviado conforme al art. 230 LEPINA con el fin de darle una respuesta inmediata a la problemática planteada, se ordenó que se realizara el estudio psicosocial y señalándose la

cumplen con los requisitos de admisibilidad y es por ello que los juzgadores se ven en la necesidad de realizar prevenciones, las cuales atrasan la tramitación de las solicitudes.

²⁵⁵ JUZGADO ESPECIALIZADO DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR Ref. 16-230PA-2012-J2C2 sentencia de fecha diez de agosto de dos mil doce. Este es de los pocos casos que las partes llegan a acuerdos para el retorno voluntario de los NNA sustraídos o retenidos, ya que la mayoría es el juez de la causa el que decide en sentencia el retorno o no de los NNA.

audiencia para el ocho de agosto, es decir respetando el plazo establecido en el art. 230 LEPINA.

En la fecha indicada la cual se aplaza por la falta del estudio psicosocial y para solicitar una acumulación de otro proceso diligenciado en otra sede judicial. Señalando la audiencia única para el día trece de agosto, y fue concluida en fecha dieciséis de agosto, emitiéndose la sentencia definitiva el día veintiuno de agosto en la que se resolvió ha lugar la restitución inmediata de los niños.

La referida Sentencia fue confirmada por el tribunal superior mediante sentencia emitida el diez de septiembre de dos mil doce. En este caso desde la presentación de la solicitud y la ejecutoria de la sentencia mediaron treinta y ocho días, no cumpliéndose con el plazo breve del procedimiento abreviado en principio por la falta del estudio psicosocial y luego por que la prueba que desfiló en la audiencia única era abundante y se tuvo que realizar en varias audiencias.²⁵⁶

Después de la presentación de los casos conocidos en los tres juzgados de niñez y adolescencias del país, se puede establecer que los jueces tramitaron los casos requeridos por sustracción internacional de menores, fueron tramitados en su mayoría por el proceso abreviado y lo cual fue ratificado por la jurisprudencia de la única cámara especializada en la materia, pero ninguno de los casos analizados fueron resueltos en el plazo establecido para el desarrollo del proceso de emergencia, principalmente lo relativo a la audiencia única la cual conforme a la norma especial debe señalarse en el término de veinticuatro horas después de

²⁵⁶ En este caso es de aclarar que la ejecución de la sentencia no se realizó ya que los niños fueron sustraídos nuevamente por sus retenedores, mismos que han acudido a la Sala de lo Constitucional a interponer un amparo contra la decisión de la jueza y la confirmación de la cámara especializada, pero la fecha, la mismo no ha sido resuelto por la Sala. Además en este proceso simultáneamente los vulneradores de los derechos de los niños, es decir las personas que los retuvieron acudieron a la sede judicial de familia a interponer otro tipo de procesos como son pérdidas de autoridad parental, lo cual se visualizaba iba a ser favorable, esto es, precisamente lo que el Convenio trata de evitar que los sustractores obtengan resoluciones favorables en sus países, y que sea el juez de la residencia habitual el que decida sobre el fondo del asunto.

admitida la demanda, en todos los casos, esa audiencia o fue señalada con posterioridad a esa fecha o suspendida para la realización de entre otras de estudios psicosociales para verificar las condiciones de los niños, niñas o adolescentes sustraídos.

4.7 Derecho comparado en el tratamiento procesal de la sustracción internacional

A continuación se realizara el estudio sobre: la ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños, este que fue un esfuerzo desarrollado por así también como países como Ecuador y Republica Dominicana.

Los tres instrumentos que se analizaran cuentan con un procedimiento establecido para la tramitación de los procesos de sustracción internacional que se desarrollan con la presentación de las solicitudes provenientes del Convenio de la Haya de aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en dichos instrumentos se pretende darle cumplimiento a los objetivos del convenio principalmente lo relativo a los plazos breves de decisión, en aplicación del interés superior del niño.

Al realizar el presente abordaje en este apartado se pretende analizar como el tratamiento uniforme de los procesos de sustracción se traduce en una solución más oportuna de los casos de sustracción que se presentan.

4.7.1 Ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños

Dada las dificultades que se presentaban en la práctica la aplicación del Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores,²⁵⁷ en vista que no se cumplen los plazos establecidos en ambas convenciones, lo que hace que no se cumplan los objetivos planteados

²⁵⁷ Celebrada en Montevideo, Uruguay el 15 de julio de 1989, la cual entro en vigencia el 11 de abril de 1994, la cual ha sido ratificada por dieciséis países, El Salvador, no ha ratificado esta convención.

en las referidas convenciones en cual es garantizar la restitución inmediata de los niños sustraídos o retenidos ilícitamente, en el año 2009 un grupo de expertos elaboran la ley modelo, la que es un consenso doctrinario de varios académicos y especialistas en la materia por encontrar una forma unánime para dar respuesta a la problemática.²⁵⁸ Para la ley modelo se tomaron como fuentes el reglamento del Consejo de la Unión Europea No. 2201 y el auto acordado por la Corte Suprema de Justicia de Chile.

La ley modelo establece que las normas procesales y su criterio interpretativo para en procedimiento estará regido por la Constitución, los tratados internacionales en materia de Sustracción Internacional de Menores ratificadas por el Estado, la presente Ley, las leyes nacionales de protección de niños niñas y adolescentes y las leyes procesales.²⁵⁹ Es decir que son principios procesales como el de celeridad, intermediación, concentración, de contradicción y preservar el derecho del niño de ser oído.

Como objeto de la norma, se plantean específicamente puntos concretos a tener en cuenta, el cual es determinar la existencia de traslado y/o retención ilícitos, pero con la salvedad de haber verificado con anterioridad la autoridad competente la violación a un derecho de guarda o de custodia y a preservar el derecho de visita.

La ley modelo brinda una definición que orienta el objetivo de la norma, al prescribir en su Art. 1 párrafo segundo, que entiende por derecho de guarda o de custodia, “aquel comprensivo del derecho de cuidado y a decidir sobre el lugar de residencia del niño – incluyendo su traslado al extranjero - de conformidad con la ley del Estado de su residencia habitual”. Asimismo,

²⁵⁸ La ley modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. El grupo de expertos fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), y participaron del mismo: la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel González (Estados Unidos), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Núñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá), y la Dra. Luz María Capuñay Chávez (Perú). En http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf visitada el día veinte de febrero de 2013.

²⁵⁹ Lo regula la ley modelo en su art. 2 además el art. 3 se refiere a la competencia y señala que esta se determinará conforme a las normas generales, con especial aplicación de los principios de concentración y especialización, tanto en primera instancia como en apelación.

brinda una amplia interpretación del derecho de custodia y visita como fondo del asunto a tratar. No obstante, plantea que con la implementación de la ley se excluye de manera íntegra, pronunciarse sobre el fondo de guarda o custodia, dedicándose exclusivamente al tratamiento de comprobar la retención o traslado ilícito.

En cuanto al criterio interpretativo, se plasma como principio orientador de interpretación de las normas el interés superior del niño; decisiones que deberán adoptarse teniendo en cuenta los preceptos Constitucionales de cada estado, así como los estándares internacionales dedicados a la materia de sustracción internacional ratificadas por el Estado.²⁶⁰

La legitimación activa según lo plantea la ley en comento en su art. 4 “la tiene aquel padre, tutor, guardador u otra persona, institución u organismo que fuere titular del derecho de guarda o el derecho de custodia, conforme el régimen jurídico del país de residencia habitual del niño, inmediatamente antes de su traslado o retención”. En cuanto a la legitimación pasiva, recae sobre la persona señalada como retenedor o sustractor ilícito del niño de su hábitat natural.

La estructura de la referida ley es la siguiente:

Primera etapa: localización del menor a menos que se conozca su domicilio.

Segunda etapa: Proceso de restitución a) estructura monitoria similar al proceso ejecutivo, b) se notifica al sustractor, adoptándose medidas para asegurar su arraigo durante el proceso junto al niño, c) se escucha al niño, d) si no hay oposición se pasa a la ejecución, e) solo se pueden invocar las causales previstas en el art. 13 de la Convención de la Haya, f) etapa de pruebas, g) sentencia, h) único recurso de apelación ante el tribunal superior, i) el recurso se concede en efecto suspensivo o no suspensivo, j) la sentencia que se dicte no será susceptible de una nueva apelación. El procedimiento es de trámite abreviado o sumarísimo.

²⁶⁰ Es de importancia señalar que los redactores de la ley, siempre tienen como parámetro que deben respetarse los principios constitucionales de cada estado y los relativos a las convenciones de sustracción.

Para el inicio del proceso, la solicitud o demanda podrá presentarse ante el Juez competente en la materia de niñez y adolescencia, sea esta de manera personal, vía exhorto o carta rogatoria, o a través de la autoridad central del país requerido; debiendo para tal efecto cumplir los requisitos de admisibilidad prescritos en los Arts. 8 de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y 9 de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.

Una vez presentada la solicitud, el juez competente adoptara las medidas de urgencia necesaria para la localización del niño, informando posteriormente a la autoridad peticionante. En caso que se hubiere solicitado la previa localización del niño como acto previo a la demanda, se iniciara un plazo de treinta días a efectos de la correspondiente presentación de demanda o solicitud de restitución. Vencido el mismo, las medidas adoptadas liminarmente, caducarán de pleno derecho. En cuanto a la documentación a presentarse, no se requerirá la legalización de los mismo, pero si la traducción de los mismos. Presentada la demanda, iniciará el juicio de admisibilidad así como la calificación de la legitimación activa para requerir tal pretensión, para lo cual, el peticionante deberá demostrar tal calidad mediante el ejercicio efectivo de los derechos de guarda o custodia en su país natal.²⁶¹

Según lo establece el Art. 12.2, una vez admitida la demanda, “en veinticuatro horas el tribunal despachará mandamiento de Restitución; citará de excepciones por el término de diez días al requerido; dispondrá las medidas cautelares necesarias a los efectos de la protección - sujeción del niño al país -, o bien, modificará o mantendrá las adoptadas inicialmente; designará un Curador o Defensor al niño; designará un Defensor o representante para el requirente en caso de que por motivos económicos debidamente acreditados en la solicitud, no pueda trasladarse al país y notificará la decisión al Ministerio Público. Comunicará tal decisión a la Autoridad Central a sus efectos”.

²⁶¹ La ley modelo sobre normas procesales para la aplicación de los convenios sobre sustracción internacional de niños, establece en su art. 12.1 que la inadmisibilidad de la demanda o solicitud, podrá apelarse en un plazo de tres días.

Importante mención requiere el hecho de la interposición de las excepciones contenidas en el convenio base de la acción; ya que, la defensa debe interponerse por escrito fundamentando su negativa, exclusivamente en cualquiera de estos tres excepciones: a) cuando la persona, institución u organismo que se hubiere hecho cargo del niño o adolescente, no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención; b) existe un grave riesgo que la restitución exponga al niño a un peligro en cualquiera de sus componentes de la personalidad o lo ponga en una situación intolerable; y, c) se compruebe que el propio niño o adolescente, según su grado de evolución y grado de madurez sean suficiente para tener en cuenta su opinión se exprese de forma contraria a la restitución.

De igual forma, podrá denegarse la restitución cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales. De esta excepción podemos citar que la sala de lo Constitucional de Costa Rica, se pronuncio al respecto expresando que el instituto de la restitución de menores, en los términos regulados en el Convenio de la Haya, encuentra circunstancias particulares que deben ser analizadas de conformidad a los límites impuestos por los principios fundamentales del Estado costarricense y, en particular, por el Derecho de la Constitución.²⁶²

Contestada la demanda o vencido el término antes mencionado, se convocará a audiencia dentro del término de tres días. En dicho acto procesal, el tribunal se expedirá sobre los medios probatorios ofrecidos por las partes, rechazando de primera mano toda aquella prueba inadmisibile, inconducente o impertinente.

²⁶² BUAIZ VALERA, Yuri Emilio op. cit. pp. 266-267 En este sentido ya existe jurisprudencia al respecto de la Sala de lo Constitucional de Costa Rica en sentencia 15461 Expediente: 08-012520-0007-CO de fecha 15/10/2008, en la que señala que se debe particularizar cada caso ya que hay circunstancias que deben ser analizadas de conformidad a los límites impuestos por los principios fundamentales del estado de Costa Rica y específicamente de su Constitución como norma suprema.

Importante es señalar que según la ley, la resolución que admita o deniegue el despacho de diligencias probatorias no será recurrible. Y que el número de testigos, se limitará a tres por cada parte; todo ello en virtud se realiza en virtud de la celeridad y concentración de los actos decisorios en la materia de restitución internacional.

La audiencia, no dejará de celebrarse por la ausencia de los citados. Se intentará la conciliación, la que verificada se hará constar en acta y será homologada por el Juez. En caso contrario, será oído el representante del ministerio Público, posteriormente se resolverán cuestiones procesales que contraríen a la decisión final.

Se procederá a la fijación de los puntos del debate, y se diligenciarán los medios probatorios, para lo cual la audiencia podrá ser prorrogada hasta por setenta y dos horas. De igual manera se tendrá que escuchar al niño, cuando a juicio del tribunal, esté en condiciones de formarse un juicio propio.²⁶³ Para alcanzar los fines del proceso, el tribunal podrá prorrogar la audiencia hasta por veinticuatro horas en casos de suma complejidad.

La sentencia definitiva admitirá recurso de apelación interpuesto dentro de tercero día, corriendo traslado a las partes por igual plazo. Concluido los plazos, serán elevadas las actuaciones dentro del término de veinticuatro horas de evacuados los traslados. El Tribunal de Alzada tendrá que resolver, dentro de sexto día. Podrá hacerlo en audiencia o dictarse decisión anticipada. La segunda instancia debe tramitarse dentro de los plazos máximos establecidos en los artículos del Convenio de La Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de 1989.

²⁶³ Es importante que esta decisión este sustentada en un informe técnico de especialistas en el tratamiento de la personalidad, ya que el derecho de opinar consagrado en la CDN que debe aplicarse en todo tipo de procesos en los que se vean involucrados los NNA, ya que por vía jurisprudencia en algunos países como Venezuela se han establecido mecanismos de escucha, que no impliquen únicamente verbalización sino otros métodos acordes a las edades de los niños, como son por medio de dibujos, etc.

En cuanto al contenido de la sentencia, esta tiene el alcance de realizarse de manera inmediata, así mismo, no podrá invocarse la excepción del art. 13 Lit. b) del convenio, si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del mismo tras la restitución.

Si ha transcurrido un lapso mayor a un año entre la fecha de la solicitud o demanda de restitución y la de sustracción o retención ilícitos, podrá asimismo ser ordenada la restitución, según las circunstancias del caso, salvo demostración durante el proceso de que el niño ha quedado integrado a su nuevo ambiente.

Es importante destacar, que solamente el auto de inadmisibilidad así como la Sentencia Definitiva son susceptibles de apelación. Cuando se dicta decisión anticipada en segunda instancia, el plazo para resolver el recurso de aclaración y ampliación será de cuarenta y ocho horas²⁶⁴.

Como último punto, es esencial plantear que las pretensiones para hacer efectivo el derecho de visitas por parte de sus titulares en los casos previstos en los Convenios Internacionales de Restitución, seguirán el procedimiento establecido en la presente ley; no siendo, necesarios para la procedencia de la solicitud de visitas, la existencia de un traslado o retención ilícitos previos, ni la existencia de un régimen de visitas establecido previamente.

Al analizar la ley modelo es evidente que este, es un instrumento idóneo a ser tenido en cuenta a la hora de legislar por cada estado, ya que los procesos prolongados en el tiempo como el que establece el proceso general de protección de la LEPINA generan un grado de incertidumbre para las partes y como consecuencia trae aparejada el incumplimiento de las

²⁶⁴ Como en la mayoría de las legislaciones aquí también se establece que de la sentencia e segunda instancia no se admitirá recurso alguno. Esto es así por la lógica de que los procesos de NNA deben ser resueltos a la mayor brevedad posible y es sabido que en todos nuestros países una tercera instancia es en su respuesta lenta y retardada

medidas que obliga el convenio que debe adoptar los estados para el cumplimiento de los objetivos del convenio.

4.7.2 República Dominicana

El Procedimiento para conocer de la solicitud de restitución de la persona menor de edad trasladada de manera ilícita a la República Dominicana, se estableció por vía jurisprudencial a partir que la Suprema Corte de Justicia dicto en resolución emanada por ese órgano supremo un proceso para dar respuesta a la sustracción internacional de niños y adolescentes; que sirve de sustento para ese sistema procesal.²⁶⁵

Es de mencionar, que como preámbulo del proceso, se hace alocución a los extremos expuestos en el convenio de sustracción internacional, así como los parámetros que el mismo supone para entender el tema que ocupa el trabajo de investigación que se viene realizando.

Como primer punto trascendental, se indica la competencia funcional de las autoridades que conocerán de los procedimientos especiales de sustracción internacional, en ese sentido, se presupone que “la sala civil del tribunal de niños, niñas y adolescentes; donde no la hubiere, el tribunal de niños, niñas y adolescentes en atribuciones civiles y, en su defecto, la cámara civil del juzgado de primera instancia, si estuviere dividido en cámaras o el juzgado de primera instancia, en caso de plenitud de jurisdicción, ambos en atribuciones de niños, niñas y adolescentes, de la demarcación territorial donde se encuentre la persona menor de edad que haya sido objeto de un traslado o de una retención ilícita.”.

Existe un reconocimiento procesal para la autoridad central de aquel Estado, debido a su rol importante que desempeña en el esquema de sustracción. En ese sentido, se obliga a la participación directa de ese ente en todo proceso de esta naturaleza. Las personas que

²⁶⁵ Resolución No. 480-2008, del 6 de marzo de 2008, de la Corte Suprema de Justicia de Republica Dominicana se establece el procedimiento para conocer de la solicitud de restitución de la persona menor de edad trasladada de manera ilícita a la República Dominicana.

pueden invocar tal proceso, es aquella que tenga atribuido el derecho de guarda o de visita de la persona menor de edad.

El plazo para el proceso de restitución, no debe sobrepasar las seis semanas desde la petición de restitución internacional. Antes de iniciar el proceso judicial, se sobrepone una salida administrativa de conciliación de restitución, solo después de su fracaso se puede judicializar tal acción.²⁶⁶ El proceso judicial se inicia mediante solicitud que debe ir acompañada de la documentación requerida en el artículo 8 del Convenio.

Dictándose resolución judicial en el plazo de cuarenta y ocho horas, en la cual se requiere a la persona que ha sustraído o retiene al niño o adolescente, para que en la fecha que determine el juez natural, la cual no puede exceder de los tres días siguientes, comparezca ante el tribunal manifestando su disposición a la restitución del niño, niña o adolescente de manera voluntaria, hacia la persona, institución u organismo que es titular del derecho de guarda o de visita.

De igual manera se advertirá, que es el momento procesal oportuno para oponerse mediante cualquiera de las causas establecidas en el Convenio. En el caso de no comparecer a la cita conciliatoria, se continuara con el proceso, llegando a realizarlo en ausencia, y con la salvedad de que la autoridad judicial puede disponer de las medidas que resulten pertinentes para conseguir la finalidad última del proceso; dejando abierta la interpretación al juzgador, para conseguir tal finalidad.

En el caso de la comparecencia del demandado así como su carácter de acceder a la restitución voluntaria del niño o adolescente, “se levanta acta, acordando la autoridad judicial, mediante auto, la conclusión del procedimiento y la entrega del niño, niña o adolescente a la

²⁶⁶ Esto va en consonancia del espíritu del convenio de buscar el retorno voluntario de los NNA sustraídos o retenidos ilícitamente, su finalidad está enmarcada en la menor afectación a la integridad psicológica de los NNA. Lo que es expuesto en el informe explicativo de Pérez Vera Elisa.

persona, institución u organismo titular del derecho de guarda o de visita” tal como lo aduce el párrafo séptimo de la resolución en comentario.

En el caso de presentarse la persona demandada, pero no accede a la restitución voluntaria, por existir causal establecida en el convenio; el expediente se tramita vía judicial, y ésta al recibirlo señalara celebración de audiencia dentro del periodo de dos días, ordenando las medidas respectivas, que son acorde al caso en concreto. Teniendo el derecho de escucha del ministerio público, la autoridad central así como la del niño sobre su situación jurídica.

Concluida esta fase de audiencia, el Juez tiene un plazo de cinco días después de concluida la audiencia, decidiendo si procede o no la restitución internacional del niño o adolescente. Es importante plantear, que la decisión judicial puede ser impugnada de manera exclusiva por medio de recurso de apelación en un plazo no mayor de cinco días contados a partir de la notificación, el cual debe ser resuelto en un plazo no mayor de cinco días de recibida tal impugnación.²⁶⁷

4.7.3 Ecuador

En Ecuador el proceso de restitución internacional de menores, tiene su fundamento en el código de Niñez y Adolescencia de Ecuador.²⁶⁸

El título IV del código en mención, se encuentran contenidos los derechos de la “protección contra el maltrato, abuso, explotación sexual, tráfico y pérdida de niños, niñas y adolescentes”; como una especie de derechos independientes como tal, por lo que en el artículo 77 de ese código, establece como derecho específico el tema que interesa para esta investigación al prescribir literalmente que: *“Protección contra el traslado y retención ilícitos de niños, niñas y*

²⁶⁷ En este proceso siempre se pone de manifiesto la celeridad de las actuaciones, hasta en la etapa recursiva del proceso, al igual que en nuestro país, las sentencias de los juzgados especializados, solo pueden ser recurridas por la vía de la apelación, no existiendo el recurso de casación.

²⁶⁸ Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador. Publicado por Ley No. 100 en Registro Oficial 737 de fecha 3 de Enero del 2003. Ecuador tiene un manual de procedimientos en el que han señalado todas las instituciones que participan en el proceso de sustracción internacional, teniendo como base su código de niñez y adolescencia que desarrolla el procedimiento.

adolescentes.- Se prohíbe el traslado y la retención de niños, niñas y adolescentes cuando violan el ejercicio de la patria potestad, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país.

Los niños, niñas y adolescentes que han sido trasladados o retenidos ilegalmente, tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes de conformidad con lo previsto en este Código.

El Estado tomará todas las medidas que sean necesarias para lograr el regreso y reinserción familiar del niño, niña o adolescente que se encuentre en la situación prevista en este artículo.”

En ese sentido, el proceso que establece tal normativa lo han dividido en dos fases; una sede administrativa la que tiene un esquema procesal que tiene supuesto como designación de autoridad competente para el conocimiento de violación de derechos individuales (autoridad sustanciador); asimismo, se prevé la legitimación activa hacia el niño, niña o adolescente afectado, cualquier miembro de su familia, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, la Defensoría del Pueblo, las Defensorías Comunitarias; y, cualquier otra persona o entidad que tenga interés en ello.²⁶⁹

El proceso se puede iniciar vía denuncia o de oficio, teniendo un plazo de cuarenta y ocho para realizar la respectiva audiencia. En la precitada audiencia se oirán los alegatos verbales de las partes, comenzando por el denunciante, concluidos los cuales se oirá reservadamente al adolescente, en todo caso, o al niño o niña que estén en condiciones de expresar su opinión. Ante toda esta actividad, el organismo competente procurará la conciliación de las partes, siempre y cuando la naturaleza se permita de manera legal. Así mismo, da la oportunidad a fin si no es resuelto el caso, derivar el proceso a un centro especializado de mediación.

²⁶⁹ En Ecuador igual que en nuestro país el sistema de protección por vulneraciones a derechos de los NNA tiene dos fases la administrativa y la judicial.

En caso de no poder conciliar el caso en concreto, la autoridad competente debe emitir resolución dentro de los dos días hábiles siguientes; y en el caso de emergencia la orden será cumplida de inmediato o como máximo de cinco días; y en caso de incumplimiento se derivara al Juzgado de niñez y adolescencia competente para conocer del caso.

En este punto, es de establecer que a partir del Título X de la ley en comento, establece la administración de justicia de la niñez y la adolescencia; en el cual se establece una jurisdicción especial para tramitar los procesos de niñez y adolescencia. Tal como el código “La Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia guiará sus actuaciones y resoluciones con estricto apego a los principios, derechos, deberes y responsabilidades que se establecen en el presente Código”.²⁷⁰

Además de lo anterior, cuando se sustancie un proceso judicial, se hará valer los presupuestos del debido proceso, los cuales según la norma especial son cumplidos con los principios de la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la inmediación, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso. De igual forma, se ha contemplado como garantía de todos los procesos que se ventilen testimonios de niños en calidad de ofendido, se respetaran primordialmente el interés superior de este, para lo cual se designara un curador especial para velar por tal cumplimiento, nombrado de oficio por el juez natural de la causa.

Algo específico del sistema procesal, es la denominada Oficina Técnica, el cual es un órgano auxiliar de la Administración de Justicia de la Niñez; integrada por médicos, psicólogos, trabajadores sociales y más profesionales especializados en el trabajo con la niñez y adolescencia, que se considere necesario. La función primaria de esta oficina, la realización

²⁷⁰CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003. Ecuador al igual que nuestro país cuenta con una jurisdicción especializada en materia de niñez y adolescencia, que se debe guiar su actuación a los principios del código de niñez y adolescencia, como mandato imperativo del art. 256.

de exámenes o dictámenes técnicos que ordenen los Jueces de Niñez y Adolescencia, haciendo la acotación que sus informes tendrán valor pericial²⁷¹.

En cuanto a la materia en análisis, es de clarificar que en la norma en comento no existe un proceso establecido propiamente para el tratamiento de la retención y sustracción internacional, pero haciendo una interpretación de la norma, puede ser utilizado el procedimiento contencioso general²⁷²; esto debido, a que este será utilizado para la tramitación de violaciones de derechos individuales o colectivos (antes descritos) siempre y cuando se tramiten vía junta de protección de derechos, o por cualquier otra persona que se encuentre legitimada para la acción judicial.

La demanda deberá reunir los requisitos contemplados en materia común para tal efecto, lo cual será calificada por el juez dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la presentación de la misma. En el proceso, se ha abierto la oportunidad de señalar una audiencia de conciliación la cual debe ser conducida por el juez de la causa, quien de haber acuerdo este lo homologará y autorizará.

Si no existe conciliación o acuerdo, se señala una audiencia de prueba que deberá realizarse entre quince y veinte días contados desde la fecha del señalamiento. En la audiencia de prueba, el actor y demandado, presentarán los medios probatorios que hubieren sido oportunamente anunciados, replegando de esta manera todos los elementos de prueba sin excepción alguna; concluida esta etapa, se oirán los alegatos de las partes respecto al elenco probatorio. El Juez pronunciará auto resolutorio dentro de los cinco días siguientes a la audiencia; pudiendo ser modificada tal acto procesal, si se prueba que han variado las circunstancias que tuvo presente para emitirla.

²⁷¹ CODIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, publicado por Ley No. 100. en Registro Oficial 737 de 3 de Enero del 2003 art. 260. En nuestro país esta función la realizan los equipos multidisciplinarios adscritos a los juzgados especializados de niñez y adolescencia. En nuestro país los informes de los equipos técnicos, no son considerados como prueba, sirven de orientación a los jueces.

²⁷² Contenido en el Capítulo IV. De los Procedimientos judiciales, sección segunda del código de niñez y adolescencia de Ecuador. Es decir, al igual que el nuestro país Ecuador no cuenta con un procedimiento establecido para la sustracción, pero como es una vulneración de derechos, se hace uso del proceso contencioso general el que no podrá durar más de cincuenta días.

En cuanto medios impugnativos, existe recurso de apelación, el cual deberá interponerse dentro del término de tres días de notificado el auto; debiendo convocar la segunda instancia a una audiencia en la que los defensores de las partes presentarán sus alegatos verbales, concluida tal audiencia, pronunciará su resolución en la forma. Existe asimismo, recurso de casación el cual procede únicamente contra el auto resolutorio de segunda instancia, por las causales y con las formalidades contempladas en la ley. La sustanciación de este recurso en la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia.

Una parte importante a manifestar es el hecho de la duración del procedimiento, proceso que no podrá durar más de cincuenta días de término contados desde la citación con la demanda en primera instancia; ni más de veinticinco días desde la recepción del proceso, tanto en segunda instancia como en el caso de casación.

CONCLUSIONES

PRIMERA:

El Convenio de la Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores da una solución efectiva y rápida de protección al padre despojado en el caso de que otro familiar, usualmente el otro progenitor, traslade a los niños a otro estado, aun en los casos en que el derecho del padre despojado no haya sido formalmente reconocido por un tribunal con anterioridad al traslado.

SEGUNDA:

Todo del niño, niña o adolescente tiene derecho a mantener relaciones personales con su padre y con su madre, conforme al art. 79 LEPINA lo que relacionado con la expresa prohibición del traslado o retención de acuerdo a las normas del convenio de sustracción, se encuentran regulados en el catálogo de derechos que consagra la LEPINA, por lo que la protección no está destinada al padre despojado de la custodia, aunque la acción la interpone este y es de su interés que la Convención se cumpla, sino al niño mismo que va dirigida la decisión.

TERCERA:

La LEPINA al no establecer una norma que señale de forma expresa que clase de proceso aplicar ante el supuesto de restitución internacional, requiere que los jueces con competencia especial en la materia efectúen una labor interpretativa que permita establecer cuál es el proceso idóneo para garantizar la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, los derechos de las personas demandadas y la obligación del Estado

salvadoreño de actuar con urgencia en los procedimientos para la restitución de niños, niñas o adolescentes.

CUARTA:

En la LEPINA, no se encuentra expresamente regulado el conocimiento de los casos de sustracción por la vía del proceso general de protección ni por la vía del procedimiento abreviado, que son los únicos procesos que se conocen en la jurisdicción especializada de niñez y adolescencia, pero una interpretación contextual e integradora de los arts. 43, relacionada a la prohibición del traslado ilícito, el derecho a mantener relaciones con su madre y padre del art. 79 en relación a los arts. 1, 2 y 7 del Convenio de la Haya, hace concluir de manera clara, que la jurisdicción de niñez y adolescencia es la competente para conocer de dichos asuntos. Esta interpretación está sustentada en la finalidad de la LEPINA, contenida en el art. 1 de asegurar el disfrute de los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes, así como en el art. 51 i) LEPINA, que señala que como contenido material del derecho de acceso a la justicia, la búsqueda de una resolución ágil y oportuna en los procedimientos judiciales y administrativos.

QUINTA:

El proceso de familia contencioso, como las diligencias de jurisdicción voluntaria en materia de familia superan, desde la letra de la ley, los plazos para el conocimiento de los asuntos pertinentes, a los establecidos en la LEPINA, ya que se establece en el art. 225 de la norma especial que para tramitar el proceso general de protección se aplicarán las disposiciones del proceso de familia, lo que entra en contradicción en el mismo cuerpo legal ya que en el art. 244 se señala que los procesos tramitados con base a la ley, tendrán una duración máxima de veinte días hábiles contados desde la fecha de la admisión de la demanda, lo que es imposible de cumplir por los mismos plazos establecidos para las diferentes fases del proceso

de familia, para ejemplo el plazo para contestar la demanda, el cual el demandado cuenta con quince días hábiles.

SEXTA:

En el procedimiento abreviado plasmado en la LEPINA, cuyos actos procesales son breves, desarrolla en el mismo los principios de contradicción, celeridad, eficacia, economía procesal y oralidad, por lo que los sujetos procesales cuentan con el conjunto de garantías que devienen del debido proceso constitucional, pues conocen anticipadamente la acusación, se le concede un término para presentar prueba y alegatos de descargo, pueden solicitar pruebas y se hallan facultados para interponer excepciones y recursos, por lo que no se desarrolla en el marco del debido proceso constitucional, y el mismo está determinado para el conocimiento de asuntos que ameritan el abordaje de una manera inmediata por los derechos que se ven involucrados como son el derecho a la salud o vida, o asuntos que no merecen mayor necesidad de preparación de una defensa, como es la negativa injustificada de un padre para autorizar la salida del país de un hijo menor de edad, la revisión de las medidas dictadas por las juntas de protección o el incumplimiento de las mismas por los destinatarios.

SEPTIMA:

Los Juzgados especializados de niñez y adolescencia, como la Cámara Especializada de San Salvador se han decantado por el procedimiento abreviado para tramitar las solicitudes de restitución internacional, sobre la base del art. 2 del Convenio de sustracción, que dispone recurrir a los procesos de urgencia que disponga el estado para el cumplimiento de los objetivos del mismo, proceso en el cual los plazos son muy breves y en todos los casos analizados, no se cumplen los parámetros establecidos en dicho proceso, por lo que se desnaturaliza la institución del proceso abreviado, ya que la necesidad de investigar por parte de los jueces las condiciones en las que se encuentran los niños, niñas o adolescentes de los

que se peticiona su restitución, impiden al juzgador señalar la Audiencia Única de dicho proceso en el plazo de veinticuatro horas.

OCTAVA:

Es necesaria la construcción sobre la base del procedimiento ordinario es decir sobre la base del proceso general de protección, se determine de un procedimiento breve armonizado con la legislación interna y las exigencias del Convenio, mientras se crea la formalidad de un procedimiento especial, que atienda la celeridad con la que se deben tramitarse estos procedimientos, pero al mismo tiempo respete el derecho de los justiciables de contar con un proceso constitucionalmente configurado.

NOVENA:

De las dos autoridades centrales (PGR-ISNA) designadas por el estado salvadoreño para tramitar las solicitudes provenientes del Convenio de la Haya de Sustracción Internacional de Menores, ninguna cuenta con un protocolo de actuaciones para el trámite administrativo, y es realmente la PGR, la que actúa como autoridad central. Dicha ausencia del protocolo genera que no se le dé cumplimiento a las peticiones en el plazo que establece el Convenio citado, ni los objetivos de la Convención, además que no se potencia el retorno voluntario del NNA a su residencia habitual que es uno de los aspectos claves del convenio.

BIBLIOGRAFIA

1. INDICE BIBLIOGRAFICO

ALVAREZ, Gladys Estella., “*Monografía Resolución alterna de disputas en el derecho de familia y menores*”, Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador 2001. Primera edición.

AMEZQUITA DE ALMEIDA, Josefina, *Lecciones de derecho de Familia*, Editorial Remis, Bogotá, Colombia 1980

ARCAGNI JOSÉ CARLOS Revista La Ley, No 153, p.1 10/08/95. Informe sobre la situación de la sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres en la Américas. Reunión de Expertos Gubernamentales. Instituto Interamericano del Niño IIN. Organización de Estados Americanos OEA

ARIÉS Philippe, El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen en <http://201.147.150.252:8080/jspui/bitstream/123456789/1346/1/Texto%2015.pdf>

AZPIRI, O JORGE. *Juicios de filiación y patria potestad*. Hammurabi. 2a edición. Buenos Aires, Argentina. 2006

BAÍS, Abraham, *Menores Delincuentes*, 3a Edición, Editoriales Navarrete, Caracas, Venezuela, 1994

BARRATTA, Alessandro. *Elementos de un Nuevo Derecho Para La Infancia y la Adolescencia*, en La Niñez y la Adolescencia en Conflicto con La Ley Penal. Editorial Hombre de Maíz, San Salvador. 1995

BARRILLAS DE SEGOVIA, Sonia Dinora, *Apuntes sobre Derecho Procesal de Familia*, Actualizaciones profesionales, imp. Cuscatlán, 2004

BENGOECHEA GOMEZ, Blanca *Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 1980. Colección de Monografías de derecho Civil I personas y Familias* Editorial Dykinson Madrid 2002

BOSSERT Gustavo A. y Eduardo A. ZANONI *Manual de Derecho de Familia* Editorial Astrea, 6a edición, Ciudad de Buenos Aires 2005

BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, *Lepina comentada de El Salvador, Libro Primero* CNJ primera edición 2011

CALDERON DE BUITRAGO, Anita y otros, *Manual de Derecho de Familia*, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, 2a. Edición 1995

CANJURA ZELAYA, Gilberto, *Estudios de Derecho de Familia*, Doctrina y jurisprudencia salvadoreña, X Aniversario de la creación de los tribunales de familia, Sección de Publicaciones, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil, 2004.

CHAVENNEAU DE GORE, Silvia, *"Construyendo Pequeñas Democracias"*, Children's Rights Office, Gran Bretaña traducción e incorporación de información sobre legislación latinoamericana y el análisis de la legislación argentina realizado por la Dra. Silvia Chavenneau de Gore, UNICEF, Argentina. 2000

CHAVEZ ASENCIO, Manuel F. *La familia en el Derecho, Derecho de Familia y Relaciones jurídicas familiares* Editorial Porrúa S.A. México 1990

CIUDURO CALDANI Miguel Ángel *Lecciones de la Historia de la Filosofía del Derecho, Edad Media. Edad Moderna. (Historia Jusfilosófica de la Jusfilosofía)* Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario Argentina 1993.

CONTRERAS VACA, Francisco José, *Derecho Internacional Privado Parte General* Cuarta edición, Oxford University Press 2004

DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría General del proceso, aplicable a toda clase de procesos*”, 2ª edición, Editorial Universidad Buenos Aires, 1997

ENGEL Federico, *El origen de la familia, la propiedad privada y El Estado* Editorial, Jurídica Salvadoreña 4a edición 2007

FERNANDEZ CLERIGO, Luis, *El Derecho de Familia en la legislación comparada*, Editorial Uteha, México-Argentina 1947

FIGUEROA SANCHEZ, María de los Ángeles y Silvia Cristina, PEREZ SANCHEZ, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia*, San Salvador, El Salvador CNJ-ECJ.2010

FIGUEROA SANCHEZ, María de los Ángeles y Silvia Cristina, PEREZ SANCHEZ, *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho Procesal de Familia*, San Salvador, El Salvador CNJ-ECJ.2010

FUSTEL DE COULANGES, Numa D. citado por Roberto SUAREZ FRANCO en *Derecho de Familia, Tomo I*, 7a Edición, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998

GARCIA Méndez, Emilio. *Legislaciones Infanto Juveniles en América Latina*, en la Niñez y la Adolescencia en Conflicto con la Ley Penal. Editorial Hombres de Maíz. San Salvador. 1995

GIL DOMINGUEZ Andrés, Maris Victoria FAMA y Marisa HERRERA *Derecho Constitucional de Familia tomo I*, Ediar Argentina 2006

GOMEZ PIEDRAHITA, Hernán, *Introducción al Derecho de Familia*, Ediciones Librería del Profesional, Colombia 1981

GONZALEZ BONILLA, Rodolfo Ernesto, *compilador Constitución y jurisprudencia Constitucional*, Sección de Publicaciones Corte Suprema de Justicia, El Salvador, San Salvador 2003.

GROSMAN, Cecilia y Otros, *Monografía de los Derechos del Niño*, Editorial Universidad de Madrid, Madrid, España, 2001.

GUERRERO, Sergio *Derecho Internacional Privado*, Miguel Ángel Porrúa editor, México 2006

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*: Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 1999

LOPEZ HERRERA, Francisco. *Derecho de Familia*, Tomo I, 2a Edición (actualizada) Caracas Universidad Católica Andrés Bello 2005

MENDEZ COSTA, María Josefina, FRANCISCO A.M Ferrer y DANIEL HUGO D'Antonio en *Derecho de Familia Tomo VI*, Rubizal-Culzoni editores, Santa Fe. 2008

MIZRAHI, Mauricio Luis *Familia matrimonio y Divorcio* Editorial Astrea Buenos Aires 1998

MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Derecho de Familia*, 3a Edición, Editorial Temis, Santa Fe, Bogotá. Colombia, 1993

MONTERO DUHALT, Sara, *Derecho de Familia*, 4º Edición, Editorial Porrúa S.A. Ciudad de México, México, 1990

NUÑEZ FRANCO, Evelyn y María de los Ángeles FIGUEROA en la *Propuesta de Manual Judicial y de Autoridad Central de Aplicación de la Convención de la Haya, del 25 de Octubre de 1980 sobre los aspectos Civiles de la sustracción Internacional de Menores*

OCHOA G. Oscar E. *Personas, Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2006

PERDOMO, Juan Rafael, *El derecho de los niños y adolescentes a opinar y a ser oídos en la Convención sobre derechos del Niño y la Ley Orgánica para protección de niño, niñas y adolescentes* pp.20-21 en *La garantía del derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar y ser oídos en los procedimientos judiciales, Tribunal Supremo de justicia (TSJ) y Fondo para las Naciones unidas para la Infancia (UNICEF)* Grafica Acea- Caracas Venezuela, 2008

PEREZ NIETO CASTRO, Leonel y JORGE ALBERTO Silva Silva, *Derecho Internacional Privado Parte especial*, segunda edición, Oxford University Press 2005

PEREZ VELA, Elisa, Paloma ABARCA JUNCO, y otros *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Universidad Nacional de Educación a distancia, Editorial Impresa Madrid 1996

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. "*El Interés del Menor*". Editorial. Dykinson, Madrid. 2000

SUAREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de Familia* Tomo II, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia 1999

SUAREZ FRANCO, Roberto; *Derecho de Familia, Tomo I, 7a edición*, Editorial Temis, Colombia 1998.

VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso*, Editorial Temis S. A. Santa Fe Bogotá, Colombia, 1984

WEINBERG Inés M., *Convención sobre los Derechos del Niño*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, Argentina. 2002

2. INDICE LEGISLATIVO

CARTA DE NACIONES UNIDAS se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, Ratificada por la Asamblea Legislativa mediante Decreto Legislativo No. 487, de fecha 27 de abril de 1990 Publicado en el Diario Oficial No. 108, Tomo 307 del 9 de Octubre de 1990.

CODIGO CIVIL DE EL SALVADOR D. E. de fecha veintitrés de agosto de 1959, publicado el catorce de abril de 1860, D. O. No. 85, Tomo 8

CODIGO DE FAMILIA aprobado por D. L. 677 de fecha uno de Octubre de 1993, Publicado en el D. O. No. 231, Tomo 321, del 13 de diciembre de 1993

CÓDIGO PROCESAL DE FAMILIA aprobado por. D. L. 133, D. O. N° 173, Tomo 324, del 20 de septiembre de 1994

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR, Decreto N° 38. Diario Oficial N° 234, Tomo N° 281, 16 de Noviembre de 1983.

CONVENCIÓN SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE

MENORES Nuestro país aprobó internamente el mencionado instrumento a través del Acuerdo Ejecutivo No. 974, de fecha 28 de agosto de 2000, D.L. No. 169, de fecha 19 de Octubre de 2000, publicado en el D.O. No. 217, tomo 349, de fecha 20 de Noviembre de 2000. Adhesión a la Conferencia de la Haya el 5 de febrero de 2001, vigente con otros países suscriptores a partir del 1 de mayo de 2001.

CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO. Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Ratificado por El Salvador D. L. N° 487 de fecha 27 de abril de 1990 y publicado en el D. O. N° 108, Tomo N° 365 de fecha de 9 de mayo de 1990.

LEY DE PROTECCION INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, D.L. 839 de fecha veintiséis de marzo de 2009, Publicada en el Diario Oficial No. 68, Tomo No, 383, del 16 de abril de 2009.

LEY DEL INSTITUTO SALVADOREÑO ARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. D. L. No. 482. 11/03/1993. D. O. No. 63. 3/03/1993. Reforma Decreto Legislativo No. 21. 15/06/2006. Diario Oficial No. 126. 7/07/2006

3. ÍNDICE JURISPRUDENCIAL NACIONAL

CAMARA DE FAMILIA DE SAN SALVADOR Ref. 201-A 2004 de fecha 23 de diciembre de 2005. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE*

CÁMARA DE FAMILIA DE SAN SALVADOR Ref. 23-A-2005 de fecha quince de febrero de dos mil cinco. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE*, María de los Ángeles Figueroa Meléndez y Silvia Cristina Pérez Sánchez op. cit. p. 209.

CÁMARA DE FAMILIA DE SAN SALVADOR. Ref. 73-A-2007 emitida el veintinueve de octubre de 2007 *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE*, María de los Ángeles Figueroa Meléndez y Silvia Cristina Pérez Sánchez op. cit. 212.

CÁMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA: San Salvador, a las catorce horas del día veinte de julio del año dos mil once. Así se encuentra en la resolución del recurso de Apelación, en el expediente clasificado con el número referencia 4/A/SA1/11-1

CAMARA DE FAMILIA DE OCCIDENTE Ref. 3/2005once de enero de dos mil cinco en *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE*, María de los Ángeles Figueroa Meléndez y Silvia Cristina Pérez Sánchez 2010 p. 209

CAMARA DE FAMILIA DE SAN SALVADOR Ref. 127-A-2006 de fecha veinticinco de febrero de dos mil cinco. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE*

CÁMARA DE FAMILIA DE SAN SALVADOR Ref. 6-A-2006 de fecha seis de junio de 2006. *Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia CNJ-UTE*, María de los Ángeles Figueroa Meléndez y Silvia Cristina Pérez Sánchez

CÁMARA DE FAMILIA SANTA ANA ref. 62 CA FAM S.A de fecha de 16 de agosto de mil novecientos noventa y nueve. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv>

CÁMARA DE FAMILIA DE LA SECCIÓN DEL CENTRO: SAN SALVADOR, Ref. 102-A-2002 de del día ocho de octubre de dos mil tres. Disponible en <http://www.jurisprudencia.gob.sv>

CÁMARA ESPECIALIZADA DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR Ref. 1/A/SS2/12-1

CAMARA ESPECIALIZADA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR Resolución interlocutoria Ref. 11/A/SA2/12-2 de fecha once de septiembre de 2012 en proceso de apelación por Restitución Internacional por Retención Ilícita.

CAMARA ESPECIALIZADA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA SAN SALVADOR, Sentencia de Apelación en proceso Abreviado con Ref. 8/A/SM2/11-1 de fecha doce de diciembre del año dos mil once.

CAMARA ESPECIALIZADA DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, SAN SALVADOR Sentencia de Apelación en Proceso General de Protección Ref. 5/A/SA2/12-1

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de 19-VII96, Inc. I-92 en *Constitución y jurisprudencia Constitucional*, Rodolfo Ernesto González Bonilla compilador.

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Amparo, con referencia, Amp.34-S-95 de fecha 23 de julio de 1998, Rodolfo Ernesto González Bonilla Compilador

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia, Inc.1-92. de fecha diecinueve de julio de mil novecientos noventa y seis, en *Constitución y jurisprudencia Constitucional*, Rodolfo Ernesto González Bonilla compilador, 2003

SALA DE LO CONSTITUCIONAL, Sentencia de Inconstitucionalidad, con referencia, Inc.2-95 de fecha 28 de abril de 2000, Rodolfo Ernesto González Bonilla Compilador

INTERNACIONAL

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002. DE 28 DE AGOSTO DE 2002

4. FUENTES HISTORICAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE EL SALVADOR 1950. La constitución se promulgo mediante el Decreto número 14 que entro en vigencia el día catorce de septiembre de 1950. En <http://biblio2.ugb.edu.sv/bvirtual/11106/capitulo3.pdf>

DOCUMENTO BASE Y EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO DE FAMILIA TOMO II. San Salvador 1994 Comisión Coordinadora para el Sector de Justicia

5. OTRAS FUENTES

BARRIOS Haydee Guadalupe, Ponencia *“Restitución nacional e internacional. Autorizaciones de viaje”* Escuela de Capacitación Judicial El Salvador 28 de enero de 2010

BARRIOS Haydee Guadalupe, Ponencia *Nuevo enfoque de las instituciones familiares relacionadas con la niñez y adolescencia”*. Escuela de Capacitación Judicial El Salvador.25 de enero de 2010

BUAIZ VALERA, Yuri Emilio, La doctrina para la protección integral de niños, aproximaciones a su definición y principales consideraciones. Oficial de Derechos del niño. Unicef. En http://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/derenin_ezunicef.pdf

CILLERO BRUÑOL, Miguel El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. pp.45-62 Justicia y derechos del Niño, UNICEF

Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay MINISTERIO DE JUSTICIA, primera edición 1999, en http://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_PEJusticiayderechos1.pdf

CIURO CALDANI, Miguel Ángel *Historia de la Filosofía del Derecho* en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1384/1596>

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Panorama Trialista de la Filosofía en la Postmodernidad” en *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social No. 19* Rosario, Argentina 1995.

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “*Jusfilosofía del Derecho de Familia en la Postmodernidad*”, en *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social No. 29* Rosario, Argentina 1997.

CIURO CALDIANI, Miguel Ángel, *Lecciones de la Historia de la Filosofía del Derecho*, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/viewFile/1383/1595>

CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA DE ECUADOR. Publicado por Ley No. 100 en Registro Oficial 737 de fecha 3 de Enero del 2003.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO 51º período de sesiones. Ginebra, 25 de mayo a 12 de junio de 2009 OBSERVACIÓN GENERAL N° 12 (2009).

CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *Guía de Buenas Prácticas, Medidas de Aplicación EN* <http://www.hcch.net>

CONFERENCIA DE LA HAYA SOBRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO *Guía de Buenas Prácticas, Práctica de las Autoridades Centrales*, Primera Parte, Editorial Family Law, 2003 contexto del principio de interés superior del niño dentro del sistema de protección integral.

CONVENIOS SOBRE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS
http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf

CORRALES VALDERDE, Oscar. Niñez y Adolescencia. En González Oviedo Mauricio y Vargas Ulate Elieth, compiladores. Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Antología. Ediciones CONAMAJ, Escuela Judicial y UNICEF. San José, Costa Rica, 2001 En http://www.unicef.org/costarica/docs/cr_pub_Antologia_derechos_NNA_Escuela_Judicial.pdf

FESPAD, *Convención sobre los Derechos del Niño y Protocolos Facultativos Explicados*, 1ª Edición, Ediciones FESPAD, San Salvador, 2005
Fondo de Naciones Unidas para la Infancia Unicef en <http://www.unicef.org/spanish/crc/>

GARCÍA-SÁNCHEZ, B. Y. & GUERRERO-BARÓN, J. *Nuevas concepciones de autoridad y cambios en las relaciones de violencia en la familia y la escuela*. Revista Internacional de Investigación en Educación, 4 (8) Edición especial. 2011. La violencia en las escuelas, 297-318. En <http://magisinvestigacioneducacion.javeriana.edu.co/numero-ocho/pdfs/magis-4-8-ve-5-Barbara-Garcia.pdf>

Informe explicativo de PEREZ VELA, Elisa, de la COVENCION DE LA HAYA SOBRE ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCION INTERNACIONAL DE MENORES en <http://www.hcch.net/upload/exp128s.pdf>

KRAUSKOPF, Dina. *Participación social y desarrollo en la adolescencia*. Disponible en: <http://genero.bvsalud.org/dol/docsonline/7/8/287-166-Glosario.htm> La asociación Pro búsqueda de niñas y niños desaparecidos, En <http://probusqueda.org.sv/>

LEY MODELO SOBRE NORMAS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS
CONVENIOS SOBRE SUSTRACCION INTERNACIONALES DE NIÑOS en
http://www.hcch.net/upload/iap28ml_s.pdf

O'DONNELL, Daniel; *La Doctrina de Protección Integral y las Normas Jurídicas vigentes en
relación a la Familia* En
http://www.iin.oea.org/Ponencia_Conferencistas/Ponencia_%20Daniel_ODonnell.htm

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Ponencia de PÉREZ VERA, Elisa. *Algunas
consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de la Haya
sobre los Aspectos Civiles de la sustracción Internacional de menores, de 25 de octubre de
1980.* p.5
http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Ponencia_Dra_Perez_Vera.pdf

PEREZ CANALES, Adriana *Conferencia para el Instituto de investigaciones Jurídicas.
Universidad Autónoma de México.* 2005. En <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-176s.pdf>

RESOLUCIÓN NO. 480-2008, del 6 de marzo de 2008, de la Corte Suprema de Justicia de
Republica Dominicana se establece el procedimiento para conocer de la solicitud de
restitución de la persona menor de edad trasladada de manera ilícita a la República
Dominicana

REVISTA DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA NO. 41 del centro de Investigación de filosofía
jurídica y filosofía social de la Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho,
Fundación para las investigaciones jurídicas Argentina, 2008 p 9 en
http://www.centrodefilosofia.org.ar/IyD/iyd41_3.pdf

UNICEF y otros. *Niñez en El Salvador. Estado Actual y Perspectivas.* Lineamientos para una
política de atención y desarrollo integral para la primera infancia. El Salvador. 2009

Feder v. Evans-Feder, 63 F.3d 217, 222 (3d Cir. 1995), [Cita INCADAT: HC/E/USf **83**]
Friedrich v. Friedrich, 983 F. 2d 1396, (6th Cir. 1993) [Cita INCADAT: hc/e/usF en <http://www.incadat.com/>]

Holder v. Holder, 392 F.3d 1009, 1014 (9th Cir. 2004), [Cita INCADAT: HC/E/USf **777**],

Ruiz v. Tenorio, 392 F.3d 1247, 1253 (11th Cir. 2004), [Cita INCADAT: HC/E/USf **780**],

Re M. (Children) (Abduction: Rights of Custody) [2007] UKHL 55, [2008] 1 AC 1288, [Cita INCADAT: HC/E/UKe **937**]. En <http://www.incadat.com>

Tsarbopoulos v. Tsarbopoulos, 176 F. Supp.2d 1045 (E.D. Wash. 2001), [Cita INCADAT: HC/E/USf**482**],

Mozes v. Mozes, 239 F.3d 1067 (9th Cir. 2001) [Cita INCADAT: HC/E/USf **301**]