

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS



**LA DECLARATORIA DE ABANDONO PREJUDICIAL CONFORME LA LEY
ESPECIAL DE ADOPCIONES Y LA VULNERACIÓN AL DEBIDO
PROCESO**

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

PRESENTADO POR:

LISSETH MARISOL FABIÁN FABIÁN

SELENE ARACY FUENTES PORTILLO

SILVIA JOCELYN OSORIO PÉREZ

DOCENTE ASESOR:

LIC: JUAN JOÉL HERNÁNDEZ RIVERA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, DICIEMBRE 2018

TRIBUNAL CALIFICADOR

LIC. OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES.

PRESIDENTE

LIC. ELÍAS ALEXANDER MEJÍA MERLOS.

SECRETARIO

LIC. JUAN JOEL HERNÁNDEZ RIVERA.

VOCAL

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

**Msc. Roger Armando Arias Alvarado
RECTOR**

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

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

**Lic. Cristóbal Hernández Benítez
SECRETARIO GENERAL**

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

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

**Dra. Evelyn Beatriz Farfán Mata
DECANA**

**Dr. José Nicolás Ascencio Hernández
VICEDECANO**

**MSC. Juan José Castro Galdámez
SECRETARIO**

**Lic. Rene Mauricio Mejía Méndez
DIRECTOR DE ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

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

**Msc. María Magdalena Morales
COORDINADORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA
DE CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Agradezco primeramente a Dios por protegerme y guiarme en todas las maneras posibles, aun en los momentos más difíciles.

A mis padres por haberme apoyado durante el transcurso de mi carrera, y en especial a mi madre María Eulogia Fabián, que con mucho esfuerzo logro que en cada etapa de mi vida, siempre tuviera lo necesario. Y a mi hermana que desde el inicio de mis estudios siempre estuvo pendiente dándome mucho apoyo, demostrándome que no hay impedimento alguno, cuando se tiene el deseo de superación, asimismo forma parte de mi más grande ejemplo a seguir.

A mi abuelo que aunque ya no está con migo, fue una parte fundamental en mi vida, y desde el cielo estaría feliz de ver que he culminado mis estudios.

A las familias Márquez y Mariona que formaron un pilar fundamental en la culminación de mis estudios, por su ayuda incondicional y buenos consejos.

A la Unidad de Estudios Socioeconómicos de la Universidad de El Salvador, porque desde el inicio de mis estudios universitarios, me dio la oportunidad de ser estudiante becaria, y que gracias a ello termine satisfactoriamente mis estudios.

Agradezco a mi docente asesor por habernos orientado en la elaboración del trabajo de grado, que fueron de mucha ayuda, para culminarlo satisfactoriamente.

Lisseth Marisol Fabián Fabián

AGRADECIMIENTOS

A Dios por darme la sabiduría y fuerzas suficientes para culminar mi carrera, por ser mi guía y bendecirme con los medios necesarios para seguir adelante hasta el día de hoy, pues sin él no estaría donde hoy estoy.

A mis padres: mi madre (Silvia Estela Ortega, que en paz descansa), por ser mi lámpara de luz en mis noches más oscuras, por creer en mí, y por convertirme en quien hoy soy, de lo cual estaré eternamente agradecida. A mi padre (Carlos Osorio), por cuidarme y estar ahí siempre con sus enseñanzas de las cuales espero no apartarme jamás y que esté siempre orgulloso de mí.

A mi esposo Ángel Pérez, por llegar a mi vida a marcar un antes y un después, por estar ahí impulsándome a ser mejor cada día y animándome a continuar hasta obtener el título académico que mi madre quiso ver en mis manos un día, por no dejarme caer y ser quien da luz a mis días.

A mis amigas: Paola Mancia, por su apoyo incondicional, cariño y amistad durante toda la carrera y a (mis también compañeras de tesis) Selene Fuentes y Lisseth Fabián por su comprensión y estima, éxitos y bendiciones.

Silvia Jocelyn Osorio Pérez

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por permitirme alcanzar este objetivo, después de tanto esfuerzo, y mantenerse a mi lado, dándome fuerzas para continuar, y su guía.

A mis hermanos, por apoyarme durante toda la travesía que representó este proyecto, y siempre animarme a continuar con él, aun a pesar de las dificultades.

A mi madre, por siempre mantenerse al pendiente de mí, y no rendirse a pesar de que yo si lo hiciera. Por cuidarme, y darme los ánimos que necesitaba para continuar, por su apoyo incondicional.

A mi padre, por comprenderme, y escucharme en todo el camino.

A mis amigas, por darme su apoyo y animarme cuando no podía encontrar lo positivo en las cosas, por ser esa mano de ayuda en los momentos difíciles. Por su humor, comprensión, y responsabilidad, y porque a pesar de todos los obstáculos, logramos llegar hasta aquí.

Selene Aracy Fuentes Portillo

INDICE

RESUMEN.....	i
ABREVIATURAS.....	ii
SIGLAS	iii
INTRODUCCIÓN	v
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS GENERALES DEL ABANDONO	1
1.1. Evolución histórica del abandono	1
1.1.1. Edad antigua.....	5
1.1.2. Edad media	7
1.1.3. Edad moderna.....	9
1.2. Definición de abandono	11
1.3. Clasificación del abandono	13
1.3.1. Abandono de familia:.....	13
1.3.2. Abandono de los niños:.....	14
1.3.3. El abandono moral:	14
1.3.4. Abandono material:	15
1.3.5. En situación de peligro moral:	15
1.4. Tipos de Abandono.....	15
1.4.1. Abandono Prenatal.....	15
1.4.2. Abandono Precoz.....	16
1.4.3. Abandono por incapacidad de los padres.....	16

1.4.4.	Desinterés progresivo o abandono diferido	16
1.5.	Causas del abandono	17
1.5.1.	Factores que producen el abandono	18
1.5.1.1.	Factores económicos	18
1.5.1.2.	Factores Familiares.....	19
1.5.1.3.	Realidad de la familia Salvadoreña	20
1.6.	Consecuencias jurídicas de abandono	21
1.6.1.	Pérdida de la autoridad parental.....	21
1.6.2.	Adopción del menor declarado en estado de abandono	23
1.6.3.	Delito de abandono	24
1.6.4.	Consecuencias Psicológicas	24
CAPÍTULO II.....		27
DECLARATORIA DE ABANDONO CONFORME LA LEY ESPECIAL		
DE ADOPCIONES		27
2.1.	Generalidades	27
2.1.1.	Antecedentes del Procedimiento de Abandono	28
2.2.	Procedimiento que se lleva a cabo para declarar el abandono de acuerdo a la Ley Especial de Adopciones	30
2.3.	Instituciones que Intervienen en el Procedimiento de Declaratoria de Abandono	31
2.3.1.	Procuraduría General de la República.....	35
2.3.2.	Oficina para adopciones.....	36
2.3.3.	Fiscalía General de la República.....	39
2.3.4.	Policía Nacional Civil.....	41

2.3.5.	Dirección de Migración y Extranjería	41
2.3.6.	Dirección General de Centros Penales.....	43
2.3.7.	Registro Nacional de Personas Naturales.	44
2.3.8.	Instituto de Medicina Legal	44
CAPÍTULO III.....		48
PRINCIPIOS Y DERECHOS QUE SE VULNERAN EN EL PROCEDIMIENTO DE DECLARATORIA DE ABANDONO		48
3.1.	El Debido Proceso	48
3.1.1.	Origen del debido proceso	48
3.1.2.	Definición del Debido Proceso	50
3.1.3.	El Debido Proceso en la Jurisprudencia Constitucional Salvadoreña.....	51
3.1.4.	Dimensiones del Debido Proceso.....	53
3.1.5.	Elementos que configuran el Debido Proceso y su vulneración en la declaratoria de abandono conforme a la Ley Especial de Adopciones	53
3.1.5.1.	Derecho de Defensa	53
3.1.5.2.	Relación del derecho de defensa con la presunción de inocencia	59
3.1.5.3.	Garantía del juicio previo y su relación con el Derecho de Audiencia.....	61
3.1.5.3.1.	Denominaciones del Derecho De Audiencia	62
3.1.5.3.2.	Titular de la Garantía de Audiencia	64
3.1.5.3.3.	Finalidad de la Garantía de Audiencia	65

3.1.5.3.4.	Efectos de la Garantía de Audiencia	66
3.1.5.4.	Principio de Contradicción.....	67
3.2.	Principio del interés superior del niño/a o adolescente	70
3.2.1.	El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño como "principio garantista" ..	71
3.2.2.	Interés Superior Del Niño y el Interés Familiar	73
3.3.	Principio de Desjudialización	76
CAPÍTULO IV		79
MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS EN LA DECLARATORIA DE ABANDONO SEGÚN LA LEY ESPECIAL DE ADOPCIONES		79
4.1.	El Proceso de Amparo	79
4.1.1.	Fuentes normativas reguladoras del proceso de amparo	79
4.1.2.	Derechos protegidos por medio del proceso de amparo	80
4.1.3.	Ámbito protegido por el amparo según la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional	82
4.1.3.1.	Extensión del ámbito material protegido o bien litigioso vía jurisprudencia	82
4.1.3.2.	Extensión del Contenido de los Derechos Protegibles por el Amparo.....	84
4.1.3.3.	Derechos de naturaleza instrumental.....	87
4.1.4.	Finalidad del proceso de amparo	90
4.1.4.1.	Finalidad subjetiva	90
4.1.4.2.	Finalidad Objetiva	93

4.1.5. Actos impugnables en el proceso de amparo	93
4.2. Supuestos de casos sobre abandono de un niño, niña o adolescente en donde los padres biológicos hayan tenido la necesidad de ausentarse y tengan que probar que con causa justificada dejaron a sus hijos	95
CAPÍTULO V	99
PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.....	99
5.1. Entrevista a Licenciada Alejandra Cerna.	99
5.2. Entrevista a Licenciado Elías Mejía Merlos.	111
BIBLIOGRAFÍA.	125
Libros.	125
Tesis.....	125
Jurisprudencia.....	128
Diccionario.	129
Revista.....	129
Sitios Web.....	129
ANEXOS	133
Guía de entrevista.	134

RESUMEN

El estudio al procedimiento de declaratoria de abandono que regula la Ley Especial de Adopciones, es importante pues es a partir de la presente investigación jurídica que se determina que en dicho procedimiento se aborda la figura del abandono prejudicial porque previo a la existencia de una resolución judicial se realiza un procedimiento en sede administrativa.

Dichas diligencias son realizadas en un corto periodo de tiempo generando inseguridad jurídica de las actuaciones emanadas por parte de la Procuraduría General de la República, ya que estas son desarrolladas con ligereza, sin mayor averiguación o inmediación, al paradero de los padres, imposibilitándoles a que después de haber finalizado tal procedimiento estos puedan alegar causa justificada, vulnerándoles así derechos y garantías constitucionales, tales como el debido proceso que engloba al derecho de defensa, audiencia, asimismo el derecho de contradicción.

Razón por la cual es necesario que las autoridades administrativas y judiciales agoten todas las instancias que permitan la oportunidad al padre o madre biológico, de ser oído y que este pueda ejercer sus pretensiones frente a las autoridades correspondientes, y que tales decisiones lleven consigo los medios idóneos para hacer valer la justicia.

En virtud de lo anterior, ante el procedimiento de declaratoria de abandono regulado en el artículo 30 incisos 5 y 6 de la Ley Especial de Adopciones, el padre o madre biológico, al puntualizar cada uno de los derechos y garantías constitucionales vulnerados, estaría en la capacidad de exigir la protección de los mismos bajo el precepto constitucional que lo respalda dando lugar así a un proceso de amparo.

ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Cn	Constitución
Lit.	Literal
Lits.	Literales
N°	Numeral
Etc.	Etcétera
Ord.	Ordinal
Inc.	Inciso
Arts.	Artículos
Num.	Numeral
Dra.	Doctora
Cr.	Constitución de la República

SIGLAS

PNC	Policía Nacional Civil
CC	Código Civil
CPCYM	Código Procesal Civil y Mercantil
CSJ	Corte Suprema de Justicia
LEA	Ley Especial de Adopciones
ISNA	Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de de la Niñez y Adolescencia
CIAFAMSA	Comité Institucional de Asignación de Familias Adoptivas a Menores Sujetos de Adopción
PGR	Procuraduría General de la República
LPRF	Ley Procesal de Familia
OPA	Oficinas para Adopciones
MINEC	Ministerio de Economía
CF	Código de Familia
LPRCN	Ley de Procedimientos Constitucionales
RNPN	Registro Nacional de las Personas Naturales
CONNA	Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia

ISSS	Instituto Salvadoreño del Seguro Social
LOPGR	Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República
MJSP	Ministerio de Justicia y Seguridad Pública
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos

INTRODUCCIÓN

La celeridad que busca traer consigo la Ley Especial de adopciones que entro en vigencia el veintiuno de abril del año dos mil diecisiete, es una manera de proporcionar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes en situación de abandono. El presente trabajo contradice dicha postura al presentar un enfoque no analizado anteriormente, desde la perspectiva del cuidado y respeto al padre o madre biológica que no tiene la oportunidad de exponer su inconformidad con la declaratoria de abandono sin causa justificada.

El presente trabajo busca cumplir un requisito de graduación, bajo el lema: “La Declaratoria de Abandono prejudicial conforme la Ley Especial de Adopciones y la Vulneración al Debido Proceso”, el cual fue motivado por las inconformidades que presentan ante el procedimiento para declarar el abandono que regula la Ley Especial de Adopciones.

El principal objetivo de la investigación es exponer los efectos jurídicos de la declaratoria de abandono prejudicial conforme la Ley Especial de Adopciones; para lo cual se debe indagar las consecuencias jurídicas de la declaratoria de abandono prejudicial dentro del procedimiento de adopción; así como descubrir los parámetros utilizados por la Procuraduría General de la Republica durante el desarrollo del mismo, y además verificar la idoneidad de los medios utilizados para la investigación previa a la declaratoria prejudicial de abandono.

La situación problemática que se aborda, y a la cual se busca dar respuesta es: ¿La declaratoria de abandono prejudicial decretada conforme la Ley Especial de Adopciones vulnera el debido proceso?

Para realizar la investigación se consultaron libros doctrinarios, tesis, sentencias, leyes y se realizaron entrevistas a profesionales en ciencias jurídicas. Y se compone de cinco capítulos siguientes:

En el capítulo uno se abordan los aspectos generales del abandono y como se ha vivido a través de la historia y las civilizaciones, así como ha sido tratado por el ordenamiento jurídico en el transcurrir de los años esta situación que han presentado los niños, niñas y adolescentes y como se buscare solucionar la misma.

En el capítulo dos se desarrolla la Declaratoria de Abandono conforme la Ley Especial de Adopciones, haciendo un recorrido por las diversas instituciones que intervienen en dicho procedimiento y detallando uno a uno los pasos a seguir para poder cumplir la Procuraduría General de la República con ese requisito para poder alegar un abandono sin causa justificada y consecuentemente una pérdida de autoridad parental.

El capítulo tres contiene los elementos que contempla el debido proceso y las consideraciones grupales sobre la vulneración a los mismos por parte del procedimiento para declarar el abandono que regula la Ley Especial de Adopciones, adicionalmente se desarrollan principios que a nuestro juicio están siendo vulnerados como lo es el de subsidiariedad, interés superior del niño y desjudicialización.

En el capítulo cuatro se presenta el amparo como medio de protección de los derechos fundamentales vulnerados en la declaratoria de abandono según la Ley Especial de Adopciones, siendo esta herramienta de carácter constitucional de mayor rigor que podrá así presentar una defensa a los padres biológicos que consideren vulnerando sus derechos. A continuación

en el mismo capítulo se presenta una serie de casos hipotéticos que como grupo de investigación se analizaron como posibles situaciones que llegarían a presentarse en la población Salvadoreña y a los cuales se presentó una posible solución. Finalmente el capítulo cinco contiene el desarrollo y ejecución de las entrevistas realizadas a los profesionales en la materia que brindaron sus puntos de vista sobre la problemática y nos narraron como se ve a nivel de institución y a la luz de la legislación. Así mismo se presentan las críticas y/o consideraciones que el grupo de trabajo expuso a las respuestas de los entrevistados, debatiendo así las situaciones que pueden llegar a suscitarse.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES DEL ABANDONO

La familia es una institución jurídica la cual goza de la protección del Estado a través de las diferentes normativas y organismos apropiados para su desarrollo y bienestar. El Estado en su posición de garante del interés superior debe de procurar la protección del niño, niña o adolescente ante las diferentes situaciones que pueden perturbar su estabilidad, y de presentarse esas situaciones garantizar que en los procedimientos legales que se opten para solventarla se busquen cumplir los derechos y garantías del niño, niña o adolescente de manera eficiente.

En razón de lo anterior es que el propósito del presente capítulo es desarrollar el surgimiento de la figura de abandono, de manera que sea fácil entender el momento en que se ocasiona, y las consecuencias que produce al niño, niña o adolescente. De la misma manera identificar los tipos de abandono que existen y su configuración en la sociedad salvadoreña.

1.1. Evolución histórica del abandono

La presencia del fenómeno de menores en situación de abandono ha existido desde tiempos remotos, explicar este problema no es algo nuevo ni sencillo, pero es necesario hacerlo porque a través de ello se encuentran los elementos explicativos para poder transformar la realidad actual¹. El abandono, se ha dado desde principios de la historia y en todos lugares del

¹ Jorge Alberto Barahona et. al “*El Papel del Procurador General de la República en la Protección de los menores en estado de abandono*” (Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de el Salvador, 2002), 26-37

mundo lo que se difiere es que en algunos países este problema se ha dado con un mayor índice de abandono de los menores; por lo que en alguna medida un tanto inicial, surgieron los mencionados orfanatorios u orfanatos como gesto de caridad, atendidos por religiosas o también llamadas hermanas de la caridad y muchas veces auspiciados por personas altruistas, administrados por religiosas.

Tales instituciones marcan su inicio en el año 1859, amparadas al buen gesto e inspiradas en el mandato divino, pero sin esconder la condición de tales sujetos pasivos; es decir, era evidente que los menores atendidos fueran abandonados.

Los problemas son de índole, económicos, sociales, jurídicos, culturales entre otros, estos aspectos dependerán de la época o realidad social que vive cada país; podría decirse que son meramente coyunturales.

En el factor económico la pobreza constituye uno de los problemas principales que afecta gran parte a las familias, que como consecuencia se puede llegar a manifestar en violencia familiar, irresponsabilidad paterna, maltrato infantil y abandono de menores².

El desempleo y sub empleo del país, como los bajos ingresos reales, los escasos niveles de progreso; constituyen el trasfondo de la problemática familiar que entre otras formas tiene su expresión más relevante a través de los menores en estado de abandono, es decir, que el abandono es consecuencia de la escasez de los recursos económicos con los que cuenta la familia biológica.

² Ibídem.

En el factor social se puede mencionar el conflicto armado que vivió el país, y que constituyó una serie de violaciones a los derechos humanos, en especial al sector más vulnerable como es el de los menores, quienes eran víctimas de maltratos y abusos por parte de diferentes entidades.

Durante esta época los menores eran abandonados por sus padres, ya sea porque debían huir o porque eran asesinados, situación que afectó grandemente a los menores especialmente en el aspecto psicológico, y que agudizó los problemas en el aspecto social, como lo es la desintegración familiar, migraciones, emigraciones, menores trabajadores, medicina infantil etc.

Asimismo el factor jurídico juega un papel importante en relación a la protección de los menores marginados y abandonados, en cuanto que en la medida que en la ley señala con especificidad el valor a tutelar; así este va adquiriendo su propio estatus jurídico,

Desde inicios del siglo XX, la doctrina se ha sustentado el trato del Estado con los menores, fue la doctrina de la situación irregular, la cual consideraba al menor como un objeto de derechos, pero que lo excluía en situación de dificultad.

En 1989 se adopta la doctrina de la protección integral, la cual se encuentra contenida en los instrumentos internacionales aprobados por las naciones unidas y ratificados por nuestro país para la formulación de reformas y creación de cuerpos normativos nacionales.³

³ Daniel O'Donnell "*La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas Vigentes en Relación a la Familia*" (México 2004), 1-3

En cuanto al aspecto cultural como entorno de las causas del problema, en estudio se puede mencionar, la irresponsabilidad paterna, ya que la mayoría de los casos de abandono es por parte del padre, y en menor proporción por la madre, siendo esta que por lo general asume las responsabilidades para con los hijos.⁴

Asimismo dentro de este aspecto se encuentra el machismo que aún persiste en la sociedad Salvadoreña en la cual se cree que la madre es la única encargada del cuidado de los hijos, ya que las mujeres desde su niñez aprenden la disciplina del trabajo en el hogar.

También dentro del aspecto cultural se ubica la ausencia de una verdadera formación respecto de los valores morales, y muy poco alcance en el campo educativo y académico.

Las constituciones de los años de 1939, y 1945, incluyeron algunas regulaciones, sobre los derechos de la niñez, que no eran tan precisas ni se enmarcaban en el contexto de los derechos sociales; pero fue hasta en la Cn. de 1950, en donde los derechos del niño pasaron a formar parte de los derechos sociales, tal es el caso del art. 180 en la cual el Estado reconoce la protección, educación y asistencia hacia la infancia; estableciendo además el Estado de igualdad para los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

En la Cn. de 1983, se retoma de nuevo en el Derecho de Familia las atribuciones de la PGR, posteriormente con la vigencia del Código de Familia, en su art. 224 se refiere específicamente a la representación legal de los menores.

⁴ Ada Virginia Guzmán Morena et. al, *“La pérdida de la autoridad parental como efecto del abandono a los hijos sin causa justificada y sus implicaciones”* (Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de el Salvador, 2000), 30-32

A fin de ordenar la idea del marco histórico; se establece el planteamiento en tres aspectos que se consideran de gran relevancia como los son los siguientes.

1.1.1. Edad antigua

Esta época comprende los primeros documentos conocidos de la humanidad, hasta la caída del imperio romano de occidente en el año de 476.

En una primera época el grupo familiar no se asentaba sobre las relaciones, individuales, sino que en la relación sexual existía entre todos los hombres y mujeres que integraban la tribu, por lo tanto se sabía quién era la madre, del niño mas no quien era su padre; esto permite afirmar que en sus orígenes, más remotos tuvo un carácter patriarcal, pues como el hijo solo conoce a la madre, es con ella quien se alimenta y crece, posteriormente estos grupos primitivos, por las guerras la supervivencia y por inclinación natural buscaron tener relaciones sexuales, con mujeres de otras tribus pero sin existir singularidad.⁵

Esto es un hecho comprobado, no una hipótesis o deducción, que dio lugar a una forma de organización familiar que existió en muchos lugares y de la que aún se encuentran vestigios, polinesias y es el llamado matrimonio por grupos.

En este periodo la humanidad de la familia se forma por la unión sexual por grupos, y aparece la primera restricción a la unión totalmente libre.

⁵ Napoleón Rodríguez Ruiz, *“Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas”*, Tomo II, (San Salvador), 183-184.

Durante esta época la autoridad patriarcal tuvo predominio, la cual tuvo como carácter principal la falta de interés por la protección del hijo en relación al interés dado al jefe de familia, esta potestad confería derechos rigurosos y absolutos análogos a los del Amo sobre el esclavo, aplicados al mismo tiempo sobre la persona y sobre los bienes del hijo. Es decir el hijo era considerado como un objeto, sin derechos que hacer valer en la sociedad.

En la edad antigua los menores eran sometidos absolutamente a sus mayores, sin atribuírseles importancia, durante esta época el infanticidio ejecutado por el padre se basaba en su derecho de aceptar al recién nacido o rechazarlo, ya sea por el sexo, incapacidades o mal formaciones.

En las sociedades orientales se negó toda personalidad del niño y el deber de cultivar su espíritu, pero se le asignaban garantías que aseguren su vida corporal. Lo anterior en el sentido que se aseguraba al niño en cuanto a lo material dejando a un lado el aspecto afectivo.

En las Repúblicas griegas los derechos individuales se subordinaban a los del Estado.

En Esparta cada recién nacido era sometido al juicio de la Asamblea de Ancianos, si se le juzgaba útil, respetaban su vida, de lo contrario no.

En Atenas la atención a la cultura física no se dirigió a favorecer la personalidad individual, sino que se subordinó a los fines de la polis. No se cultivaron los valores personales del menor, puesto que este permanecía con la nodriza, con el esclavo o con el pedagogo, sujeto a un régimen cerrado de ejercicio rutinario.⁶

⁶ Roberto Serrano Melgar et. al, “*Los problemas legales de aplicabilidad de la autoridad parental en el Código de Familia*” (tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de El Salvador, 2000) 2-5

En la antigua roma, el llamado *tollere infantum* significaba que el padre tenía la prerrogativa de acoger al niño o exponerlo en la puerta del domicilio o en algún basurero público.

En la familia Romana surgió la institución del *paterfamiliae* o autoridad patriarcal, fue el símbolo de la negociación de los derechos a todos los miembros de la familia, y sobre todo, en el hijo el padre ejerce sobre este a modo de un derecho de propiedad, derecho de vida y de muerte; disponía de su persona por todos los medios, incluso desprenderse del hijo, por la vía de la enajenación o del abandono, cuando le resulta una carga.

En la Roma la típica familia se presentó como un organismo político donde la patria potestad supone poder y no deber hacia sus sometidos. Posteriormente la institución *paterfamiliae* evoluciono y con ello se acrecentaron las obligaciones y se restringieron las facultades y comienza a concebirse como deber de protección y asistencia.⁷

Con el cristianismo la infancia conquista un significado por sí mismo, y se presenta una predilección a los niños como un modelo a imitar, este mismo refuerza la responsabilidad de los padres haciendo asumir la obligación de proporcionarles alimentación y educación a sus hijos.⁸

1.1.2. Edad media

Esta se inicia con la finalización de la edad antigua; comprende el tiempo transcurrido desde el siglo V hasta la mitad del siglo XV, época en la que permaneció la iglesia la cual imperaba en el mundo con la visión del Cristianismo.

⁷ Luis Fernández Clerigo, *“El Derecho de Familia en la Legislación Comparada”* (Editorial Hispanoamérica, México, 1947), 278.

⁸ *Ibíd.*

En esta época el menor se integraba a la comunidad adulta por el trabajo, lo antes posible y su infancia era corta, pues toda la familia trabajaba para su señor; como vasallos, en otros casos los menores eran abandonados, o se les vendían a los artesanos, quienes podían castigarlos brutalmente.

La edad media se caracterizaba por la indiferencia materna respecto a los bebés. Las mujeres de la clase dominante no cuidaban personalmente a sus hijos, sino que los confiaban a una o varias nodrizas y sirvientes domésticos para que fueran criados por estas; conociendo a sus madres años más tardes, lo cual provocaba un escaso interés hacia sus hijos y poco se hacía para su desarrollo como personas, lo que se traduce como una ruptura del vínculo afectivo entre la madre y el hijo.

En esta época se produce un cambio de mentalidad en cuanto al trato de los menores debido a que según el pensamiento cristiano medieval el nacimiento de los hijos otorgaba a los padres más deberes que derechos, produciendo una inversión fundamental de los principios de la moral familiar, los padres ya no pueden disponer del menor a su antojo. A partir del siglo XII la iglesia condena enérgicamente el abandono de menores y el infanticidio.

En el mundo antiguo, la edad media e incluso hasta los albores de la modernidad (a fines del siglo XVII), no conoció la categoría social de minoridad, la niñez afrontaba muy tempranamente responsabilidades adultas y su incorporación al mundo adulto (ya sea en el ámbito recreativo y familiar o en la producción agrícola), se verificaba muy pronto.

En un contexto semejante cabe afirmar que la duración de la infancia era notoriamente breve, a lo sumo podría durar los primeros años de vida sumamente frágiles hasta su rápida y temprana introducción al mundo laboral.

En ese entonces la niñez era importante en la medida o función de su aporte a fuerza de trabajo que pasaba a contribuir el sostenimiento económico, generalmente de la unidad familiar.

La situación a la que se hace referencia, se mantuvo hasta el siglo XIX aproximadamente, época en la cual se comenzó a verificar una separación del mundo de la infancia respecto del mundo adulto, en el sentido de que el rol de los niños cambió, convirtiéndose en fuentes de ingreso económico.

1.1.3. Edad moderna

Se inicia desde el descubrimiento de América en 1492 hasta la Revolución Francesa en 1789.⁹

Como se ha dejado planteado anteriormente la figura del menor era considerada como un hombre en pequeño sometido a las mismas leyes de los adultos, pero en esa época se pensaba que a pesar del derecho de superioridad y corrección de los padres, sobre los hijos, esto se ve limitado por las necesidades de los hijos quienes son incapaces de valerse por sí mismos.

La imagen del poder se transforma y se presenta como una ayuda momentánea para suplir las debilidades del menor. Si bien el padre y la madre tienen el derecho de superioridad y corrección sobre sus hijos, este derecho está limitado por las necesidades del hijo incapaz de velar por su propia conservación.

A partir del siglo XIX inicia la figura de los huérfanos, y su atención requiere la intervención del Estado, quien debe proporcionar asistencia a la niñez desvalida.

⁹ Serrano, Aplicabilidad de la Autoridad Parental, 8-9.

A finales del siglo XIX se va reconociendo la infancia como una etapa especial de la vida humana. El menor que antes ocupaba una posición insignificante en la vida social deja de ser un objeto de propiedad a los padres y comienza a asumir su condición de sujeto de derecho.

El Estado interviene cada vez más a fin de que los padres proporcionen una correcta protección al menor. Sin embargo, al llegar la edad moderna, se continúa con lo que es el maltrato de los menores, tanto por parte de sus padres como de las personas ajenas y hasta por la ley e incluso la iglesia.

En la legislación, específicamente en el CC de 1860, en sus arts. 988,279, y 198¹⁰; todos ellos derogados por el CF, regulo lo correspondiente a los derechos de las personas, pero trajo consigo una total discriminación en cuanto a los derechos que los hijos tienen frente a sus padres en relación a la sucesión de bienes, ya que tenían derecho a la misma aquellos hijos que irónicamente se procedió a llamarles “legítimos” excluyendo a los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial que definitivamente se les llamaba “ilegítimos” o naturales aunque fueren reconocidos por su padre.¹¹

Con el tiempo esta marginación social de los menores ha venido experimentando cambios; presentándose nueva legislación, tal es el caso de la C.r de 1983; la cual en su art. 36 regula la igualdad de derechos de los hijos frente a sus padres; y en concordancia con la misma disposición, los

¹⁰ Victoria Margarita Doradea Linares et. al, “*La Adopción Nacional en Infantes de 0 a 5 años en el municipio de San Salvador y la función que desempeña la Procuraduría General de la República y el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia en su procedimiento*” (tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de el Salvador, 2014), 37.

¹¹ David Esaú Mena Pérez et. al, “*La situación de los hijos cuando los padres han perdido la autoridad parental por las causas de corrupción sobre estos fraude de falso o suplantación*” (tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de el Salvador, 2003), 68.

arts. 202 y 203 n° 4 del C.F. vigente reconoce también la igualdad de los derechos que tiene los hijos frente a sus padres, indistintamente sea el hecho de nacer dentro o fuera del matrimonio.

En la actualidad todavía existen problemas de discriminación por parte de algunos centros de estudio, en los cuales para la admisión del niño, niña o adolescente se requiere pertenecer a determinada religión y que sus padres estén unidos por su vínculo matrimonial.¹²

1.2. Definición de abandono

El abandono de la niña, niño o adolescente ha existido desde tiempos remotos y se ha producido por diversas causas, como lo son las guerras, o circunstancias naturales como terremotos, inundaciones, etc. Donde muchos niños, niñas o adolescentes pierden a sus familiares y por este motivo quedan desamparados. Sin embargo para el actual proyecto, nos ocuparemos de los supuestos para declarar el estado abandono que establece la Ley Especial de Adopciones.

La noción de abandono hace referencia al acto de dejar de lado o descuidar cualquier elemento, persona o derecho que se considere posesión o responsabilidad de otro individuo.

El abandono puede ser utilizado en el ámbito legal o en diferentes espacios y situaciones de la vida cotidiana, conllevando algunos de los posibles abandonos mayor gravedad que otros¹³.

¹² Barahona, "Protección de los menores en estado de abandono" 26-37.

¹³ Gustavo A Bossert, Eduardo A. Zannoni, "*Manual de Derecho de Familia*" (Buenos Aires, Argentina, 1998) 491.

Para Gustavo A. Bossert y Eduardo A. Zannoni el abandono de un niño, niña o adolescente es: "Cuando existe un desamparo o desentendimiento material o moral de sus padres". Ellos mismos agregan que para que exista el abandono debe ser comprobado por autoridades judiciales¹⁴.

Para otros el abandono se produce: "Cuando un padre, tutor o persona a cargo de un niño abandona al niño sin consideración alguna por su salud física, seguridad o bienestar y con la intención de abandonarlo por completo; en algunos casos, también ocurre cuando no se brinda la atención necesaria a un niño que vive bajo el mismo techo¹⁵".

Para Pereira, GMN (1981) el abandono infantil es la falta injustificada de asistencia a un niño de corta edad, este abandono se puede reducir a dos tipos, el abandono moral y el abandono material.

El abandono infantil, también llamado maltrato psicológico, es una forma de maltrato a los niños y ocurre cuando alguien intencionalmente no le colma al niño sus necesidades vitales o lo hace descuidando de manera imprudente su bienestar. Tales necesidades abarcan alimento y agua para un crecimiento saludable, vivienda, vestido y atención médica. El niño igualmente puede carecer de un ambiente seguro y de apoyo emocional por parte de los adultos. Este conjunto de necesidades contribuye al desarrollo apropiado del niño.

Según González, M. (2003). Existen conductas que se desvían de lo aceptable en una sociedad. Son conductas que la mayoría de las personas

¹⁴ Ibíd.

¹⁵ Melissa Heidy Billalba Hualla, "*Menores en estado de abandono como causal de trata de personas*" (Universidad Andina del Cusco 2016), <http://espanol-findlaw.com/ley-penal/-abandono-de-ninos.html>

rechazan por no considerarlas naturales. Una de estas conductas es el abandono de los niños y niñas, incluso de estos en condiciones con incapacidad.

De todas las teorías, y definiciones de los diversos autores acerca del abandono se puede comprobar que lo que buscan es la protección al niño, niña o adolescente priorizando su bienestar emocional y material, tratando de protegerlo ante los eventos que produjeron que se encuentre en abandono¹⁶.

Si se entiende desde el punto de vista legal, el abandono siempre hará referencia al descuido de una persona o un bien a manos de otra. En este sentido, el abandono implica que otro individuo puede sufrir daño como consecuencia de tal acto de abandono y por tanto la situación debe ser resuelta de manera legal o judicial. Cuando se habla de abandono en este ámbito, por lo general se hace referencia al abandono que puede cometer un padre con sus hijos, una persona responsable con aquella persona a quien debe cuidar (tal como un maestro con su alumno, un médico con su paciente)¹⁷.

1.3. Clasificación del abandono

1.3.1. Abandono de familia: Deserción se refiere al abandono intencional y sustancial, permanentemente o durante un período de tiempo establecido por la ley, sin excusa legal y sin el consentimiento de uno es obligaciones derivadas de un Estado como el de esposo y esposa o padre e hijo. Puede implicar la deserción de un cónyuge con la

¹⁶ Trabajos de Derecho, *El Abandono de Niños*, ed. (Azauje, 2012), http://actualidad-juridica-2012.blogspot.com/2012/09/v-behaviorurldefaultvml_27.html

¹⁷ Cecilia Bembibre, Definición ABC Tu diccionario hecho Fácil”, *Definición de Abandono*, (2010), <http://www.definicion-abc.com/general/abandono.php>

intención de crear una separación permanente. Deserción de uno de los cónyuges por el otro sin justa causa se llama abandono malicioso.

El abandono de los niños a menudo es reconocido como un delito, en caso de que el niño generalmente no sea físicamente perjudicado directamente como parte del abandono; distinto de esto es el crimen ampliamente reconocido de infanticidio¹⁸.

1.3.2. Abandono de los niños: Es la práctica de renunciar a intereses y reclamos sobre la descendencia con la intención de nunca volver a reanudarla o reafirmarla. Las causas incluyen muchos factores sociales y culturales, así como enfermedades mentales. Un niño abandonado se llama un expósito (en contraposición a un fugitivo o huérfano).

1.3.3. El abandono moral: Según Rosental, constituye el incumplimiento de las reglas o normas de convivencia y de conducta humana que determinan las obligaciones de los hombres, sus relaciones entre sí y con la sociedad o cualidades éticas de la realidad social, ejemplo; bondad, justicia, entre otras, relacionándolo con el abandono Moral, se refiere a la falta de acción educadora, incluyendo la formación intelectual y del carácter, así como la vigilancia y corrección de la conducta del niño. Por lo tanto esta clase de abandono, los padres descuidan a sus hijos, los maltratan y no los orientan correctamente, poniendo en peligro su salud psicológica y su vida¹⁹.

¹⁸ Enciclopedia Culturalia, "Concepto, definición, Qué es abandono" (Equipos colaboradores, octubre 2012) <http://edukavital.blogspot.com/2012/10/concepto-de-abandono.html>

¹⁹ José Moisés Álvarez Clemente et. al, "*La Adopción Como Causa de Extinción de la Autoridad Parental Frente a la Retracción Justificada de Los Padres Biológicos*" (tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de el Salvador, 2011) 153.

1.3.4. Abandono material: En esta clase de abandono los padres, descuidan las necesidades básicas de sus hijos, tales como la alimentación, vestuario, la salud, que si bien están con ellos, pero no velan por su bienestar, asimismo, en este rubro están comprendidos también aquellos que carecen de recursos para subsistir, ya sea porque sus padres los han abandonado o por que han fallecido.

1.3.5. En situación de peligro moral: este surge cuando factores extra familiares que la sociedad reputa peligrosos para la formación espiritual del menor inciden en su comportamiento o puede afectar la rectitud de su conducta o futura.

1.4. Tipos de Abandono

En atención a la edad del menor en estado de abandono tenemos una clasificación dada en el VIII congreso mundial sobre derecho de familia, celebrado en San Salvador en 1992, presentado por la Dr. Martha Hermosilla Valencia, catedrática de la Universidad Pontificia, Universidad Católica de Chile quien expreso:

1.4.1. Abandono Prenatal

Hay evidencias científicas que el feto experimenta diversas sensaciones dentro del vientre de la madre, este tipo de abandono causa y se da en el tipo de madres psicóticas que rechazan el embarazo, el estrés mantenido por ellas crea una cantidad de sustancias químicas como adrenalina y otras que traspasan la placenta y afectan al feto.

1.4.2. Abandono Precoz

Es el abandono del recién nacido en la vía pública o en un hospital de maternidad desconociéndose el paradero de la madre.

Generalmente la mayor parte de los menores son abandonados antes de cumplir el primer año de vida.

La mayoría de los países cuando se produce un abandono precoz, es entregado en adopción el niño. En el caso de los niños mayores víctimas de abandono diferido o por incapacidad de los padres, no pueden optar a ser adoptados, ya sea porque no pueden hacer declaración formal de abandono o porque los padres pueden recuperarlos posteriormente, por lo que quedan institucionalizados o en hogares de colocación familiar.

1.4.3. Abandono por incapacidad de los padres

Este se define legalmente e implica la presencia de condiciones que incapacitan a los padres desempeñarse como tales alcoholismo crónico, drogadicción maltrato a los hijos enfermedades mentales etc., ello produce que los hijos se conviertan en responsabilidad del estado y queden al cuidado de una institución de protección.²⁰

1.4.4. Desinterés progresivo o abandono diferido

Muchos padres internan a sus hijos en hogares de protección, generalmente por la mala situación económica o problemas familiares tales como la separación de ellos. Se desatienden visitándolos esporádicamente y

²⁰ Ibídem.

posteriormente desaparecen olvidándose de estos niños.

El niño que es abandonado por sus padres es agredido en todas las áreas de su desarrollo afectivo, físico intelectual y moral.²¹

1.5. Causas del abandono

El abandono al niño, niña o adolescente trae consigo consecuencias tanto jurídicas como sociales, y que genera un problema a la sociedad.

La última Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples del Ministerio de Economía (MINEC) señala que para el 2013 la población de 0 a 17 años era de 2, 201,807 y representaba el 35% del total de la población salvadoreña.

De ese número de población, según la encuesta, 610,569 los niños, niñas o adolescentes viven sin alguno de sus padres por razones de abandono por separaciones de sus padres y 148,564 viven sin sus progenitores porque han decidido migrar. Los datos también son alarmantes al señalar que 88,032 menores de edad viven sin alguno de sus padres por diversas razones de muerte. Ante estas cifras se concluye que 847,165 que equivale al 38.5% del total de los niños, niñas o adolescentes salvadoreños viven en situación de abandono.

Adolfo Vidal, coordinador de Plan en El Salvador analiza que la situación de abandono expone a los menores de edad a ser víctimas de abuso psicológico y emocional. El panorama se complica cuando no solo han

²¹ Verónica Lisseth Rivas de Blanco et. al, “Análisis de la Efectividad del Cumplimiento de los Derechos-Deberes en el Ejercicio de la Autoridad Parental” (tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de el Salvador, 2008), 37-38

sufrido abandono sino que están en riesgo de calle, lo cual los hace más proclives ser víctimas de abusos y agresiones sexuales. En otros casos también se ven expuestos a ser explotados al ser enviados a trabajar para el sustento diario para la familia que los alberga.

“Generalmente los menores de edad en situación de abandono viven en primer lugar con el abuelo o abuela materna. En segundo lugar con sus tíos o tías, en tercer lugar con algún familiar cercano. En cuarto lugar y es lamentable, han sido abandonados y dejados en cuidado de algún vecino”, señala Vidal citando un estudio de Plan.

Un problema mayor surge cuando estos menores de edad en situación de abandono son reclutados para integrar estructuras delincuenciales que se dedican a cometer toda clase de ilícitos contra la población salvadoreña. El fenómeno de las pandillas en El Salvador se ha incrementado debido a la situación de abandono que están experimentando los niños, niñas o adolescentes.

1.5.1. Factores que producen el abandono

1.5.1.1. Factores económicos²²: A la base de la disolución de muchas familias, se encuentra los factores laborales y económicos, la cesantía, la miseria, a imposibilidad de conciliar la maternidad con el trabajo (como es el caso de muchas empleadas domésticas que demuestran su capacidad de amor dedicada a los hijos de los patronos), están a la base de muchos abandonos. Los efectos del abandono no dependen de las causas que lo originaron.

²² Ricardo Gonzales Mora, *“Abandono y Adopciones de Menores de Edad”*,. Editorial CSJ, (San José, Costa Rica 1999), 73

Este factor se encuentra fuera del control de los progenitores tal es el caso de la incapacidad económica fruto del desempleo. Es aquí cuando el padre y madre en muchos casos por irresponsabilidad de sus actos (relaciones sexuales precoces) no están preparados para proveer al menor lo necesario no están preparados para afrontar la responsabilidad de mantener un hijo y es así como existen muchos padres que por vivir en condiciones paupérrimas no pueden afrontar la responsabilidad y se ven obligados a dar a sus hijos a instituciones para que se encargan del cuidado de los menores definitivamente quedándose estos así abandonados del principal elemento que es la presencia de sus padres.

1.5.1.2. Factores Familiares: el abandono del padre, por problemas de relación, de trabajo o de pobreza, muchas veces lleva a disolución de las familias. Es muy común encontrar familias matriarcales, unidas en torno a la madre, que muchas veces no contrae matrimonio, sino que tiene convivencia más o menos largas, de las cuales nacen hijos de diferentes padres que viven juntos. El abandono de la madre, por muerte, por incapacidad económica absoluta de mantener a los hijos, lleva muy a menudo a la internación de los hijos. Generalmente estos son los abandonos de niños mayores (no lactantes), que se convierten en algunos casos abandonos diferidos.

El niño, niña o adolescente abandonado es el producto o resultado directo de la incapacidad o impotencia de los progenitores para brindarles a sus hijos las necesidades básicas.

Por incapacidad de los padres: se refiere a las incapacidades de los padres para desenvolver su papel como tales, debido a situaciones como el

alcoholismo, drogadicción, demencia, etc. Es cuando los parientes del menor grado cercano se responsabilizan del menor y en defecto lo hace el Estado a través de instituciones de resguardo.

1.5.1.3. Realidad de la familia Salvadoreña

Idealmente se refleja a la familia con la composición de padre, madre e hijos; sin embargo los rasgos o perfil que se extraen de las familias son divergentes de dicho ideal, observándose en la familia Salvadoreña las características siguientes²³:

- a) Familia formada por madre, abuela e hijos, en donde el ausente es el padre;
- b) El promedio de hijos es entre cinco y seis donde hay presencia del padre, la unión de la pareja no es legal sino consensuada;
- c) Familia desintegrada:
- d) El hombre con su familia oficial y uniones extramaritales;
- e) Familias articuladas en la mujer, matricentricas, mujeres a las que se les incorpora temporalmente sucesivos hombres.
- f) Familias legalizadas civil y religiosamente.

²³ Mario Edgardo Meléndez Ruiz et. al, “*Abandono de Menores en Hospitales Públicos por razones económicas de las madres circunscritas en el área metropolitana de San Salvador*” (Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de el Salvador, 2001), 43

Las variables citadas dan lugar a la ruptura de los lazos familiares, lo que genera el abandono material, moral o emocional de los hijos por parte de los padres.

1.6. Consecuencias jurídicas de abandono

El abandono de un niño, niña, o adolescentes se genera por diversos aspectos tanto sociales, psicológicos como económicos, que conllevan consecuencias jurídicas en la vida del hijo y el padre o madre legal y biológica, tales como:

1.6.1. Pérdida de la autoridad parental

La autoridad parental en el Código de Familia se basa especialmente en la protección integral de los niños, niñas o adolescente, y la igualdad de derechos de los hijos, establecida en el Art. 36 de la Constitución de la República de El Salvador, es por ello que se concibe a la autoridad parental como una función social y como un conjunto de facultades instrumentales estructuradas para el cumplimiento de deberes por parte de ambos progenitores. En este sentido si los padres ejercen bien, esas facultades, debe serle respetado su ejercicio, pero si la desempeñan alejándose del interés del hijo, el Estado puede y debe de acuerdo a la gravedad de su conducta, reencausarlos en su cumplimiento o separar temporal o definitivamente, de las funciones que les han sido encomendadas.

Asimismo la pérdida de la autoridad parental constituye el castigo del Derecho de Familia, y la gravedad de la sanción al padre o madre que la sufra estriba en que jurídicamente, pierde *definitivamente toda posibilidad*, de ejercer las prerrogativas o potestades que la relación jurídica paterno filial

concede a los progenitores. La sanción precisamente va dirigida a impedir el ejercicio de esas facultades al padre o madre que con su conducta, desnaturaliza los fines por lo que el derecho las reconoce.

Las causas por las que se pierde la autoridad parental las enumera el art.240 del Código de Familia y son:

1. Cuando los padres corrompieren alguno de sus hijos o promoviesen o facilitaren su corrupción.
2. Cuando abandonaren a algunos de sus hijos sin causa justificada.
3. Cuando incurrieren en las indicadas en el art. 164 (esto es haber participado en fraude de falso parto o suplantación.)
4. Cuando fueren condenados como autores o cómplices de cualquier delito doloso, cometido en alguno de sus hijo.

El abandono como segunda causal de privación de la autoridad parental, debe comprender no solo la exposición del hijo sino toda acción u omisión que implique incumplimiento de los deberes paterno filiales es decir los deberes de asistencia, crianza educación, orientación etc., que fusionan los fines familiares que subyacen en el establecimiento de la autoridad parental. En torno al abandono, hay dos concepciones doctrinarias enfrentadas. Una de corte subjetivo que imputa el abandono al padre que se desatiende absolutamente de los deberes que le incumben, aunque objetivamente el menor no queda desamparado ya sea que por el otro progenitor asume aquellos deberes o porque el hijo queda confiado a un tercero.

La otra posición entiende que si el hijo no sufre un Estado objetivo de abandono, no procedería promover el juicio de perdida. Sin embargo las orientaciones modernas en materia familiar, prescriben que para establecer

el abandono debe apreciarse exclusivamente la actitud del que abandona con independencia de si el menor está bajo el cuidado y protección del otro progenitor o un tercero.

En razón de lo anterior, la jurisprudencia argentina sostiene desde hace muchos años que la conducta del padre que abandona el hogar y los hijos sin causa justificada, no queda atenuada aunque el hijo sea protegido por el otro padre o por terceros, ya que de todos modos se deja de cumplir el deber de crianza que pesa por ley, sobre ambos.²⁴

1.6.2. Adopción del menor declarado en estado de abandono

Según el autor *D" Antonio Daniel Hugo*, la adopción es una institución de protección a la minoridad y que por sus características, encuentra justificación, en los estados de *desprotección o abandono* en que se encuentre un menor.²⁵ En esta misma línea de ideas se considera que el abandono de un menor trae consigo la posibilidad que este sea adoptado, después de haberse declarado la pérdida de autoridad parental, e iniciar los trámites para brindarle un hogar, bajo el principio del interés superior del menor ya que este constituye una garantía de protección para los más desamparados.²⁶

²⁴ La autora del libro no esclarece de dónde han surgido las concepciones que ha retomado para esta discusión, únicamente que son objeto de debate, y a partir de ello toma consideraciones de la jurisprudencia argentina. Anita Calderón de Buitrago, Manual de Derecho De Familia, (San Salvador Centro de investigación y capacitación proyecto de reforma Judicial, 1994) 623-625.

²⁵ Daniel Hugo D' Antonio, "*Derecho De Menores 4ª ed. Actualizada y Ampliada*". Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, (Buenos Aires 1994), 290

²⁶ Miguel Angel Cardoza Ayala, "La Adopción en El Salvador Problemas Actuales", (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, San Salvador, Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, 2006), 4.

1.6.3. Delito de abandono

Además de sancionar al padre o madre con la pérdida de la autoridad parental, también el abandono se constituye como delito, y es por ello que en los artículos 177 y 178 del C.P lo regula como: “El que teniendo deber legal de velar por un menor de dieciocho años o una persona incapaz de proveerse por sí misma, los abandonare poniendo en peligro su vida o su integridad personal, o los colocale en situación de desamparo, será sancionado con prisión de uno a tres años”, estas son implicaciones que dejan al padre una vez realizada la investigación para dar con su paradero, y comprobar que éste lo dejó en total desamparo.²⁷

1.6.4. Consecuencias Psicológicas

Durante la primera etapa de la vida se establece entre la madre y el hijo, un estado de “fusión”, que los psicoanalistas llaman “reviere” y que permite a la madre un verdadero “baile” ritual, con el hijo en el que cadenciosamente se transmiten a través de la mira y el contacto de piel, el conocimiento de la existencia del otro significado, legándose a un estado de completud en el vínculo que proporciona gran satisfacción mutua; si esta completud no se diera, el niño lo registra en su psiquis como una gran frustración que pesara sobre toda su vida de relación.

Toda situación afectiva será vivenciada y valorada en un registro de “todo o nada”, de gratificación o frustración totales. Ello ha sido denominado el modelo funcional de relación.

²⁷ Francisco Moreno Carrasco, “*Código Penal Comentado de El Salvador*”, Tomo II (San Salvador Consejo Nacional de la Judicatura , 2002), 697

Estas demandas de todo o nada, son fuentes de posteriores frustraciones que van generando una imagen negativa de sí; la fantasía de no recibir por no merecer, un sentimiento de no valoración de sí mismo y angustia muy intensa de la que requiere defenderse.

Para determinar los efectos psicológicos del abandono es preciso considerar tres tipos de variables²⁸:

1. La edad a la que el niño pierde el cuidado de la madre.
2. El período de tiempo que dura su privación, y
3. El grado de su carencia de cariño materno.

Dice Goldstein, Freud y Solnit (1979) que el sentido del tiempo del niño es diferente al del adulto. El niño percibe el tiempo en relación a la urgencia de sus necesidades, tanto físicas como emocionales, y esto determinara el significado del tiempo. Emocional e intelectualmente un lactante o niño pequeño no puede alagar demasiado la espera sin sentirse sobrepasado por la ausencia de los padres, y experimenta el tiempo de acuerdo a un sentimiento subjetivo de impaciencia y frustración. Por lo tanto, el significado de ausencia parental dependerá de su duración, frecuencia y período de desarrollo en que esto ocurre. Mientras menor es el niño, más corto es el intervalo de tiempo que necesita para experimentar la ausencia de los padres como una pérdida permanentemente que se acompaña con sentimientos de desamparo.

Gerald (1963) dice que “el abandono es una experiencia traumática que influye en el desarrollo del niño y su personalidad posterior. Es para el niño una situación difícil que sobrepasa su capacidad para resolverlo. El niño

²⁸ Gonzales, *“Abandono y Adopciones de menores de edad”* (74)

pequeño abandonado es incapaz por si solo de dominar sus sentimientos y angustia y es incapaz de resolver el conflicto emocional que acarrea”. Hay mayor probabilidad que se experimente como traumático mientras más pequeño es el niño, y no existe un sustituto inmediato y apropiado. Si ocurre posteriormente otra experiencia traumática, se puede revivir el conflicto no solucionado, y así un niño abandonado es vulnerable.

CAPÍTULO II

DECLARATORIA DE ABANDONO CONFORME LA LEY ESPECIAL DE ADOPCIONES

El procedimiento para la declaratoria de abandono del niño, niña o adolescente es una etapa previa a la adopción en el caso que se desconozca el paradero del padre biológico y que ningún familiar se haga responsable del niño, niña o adolescente, por lo que, el propósito del presente capítulo es detallar como es llevado a cabo en El Salvador el procedimiento para declarar el abandono según la Ley Especial de Adopciones.

2.1. Generalidades

Previo a la declaratoria de abandono se entiende que ha existido una investigación por parte de las autoridades correspondientes, por medio de la cual se busca en el entorno familiar a una persona que pueda hacerse cargo del niño, niña o adolescente, en ese sentido, se aclara que el abandono no se genera únicamente por el padre o la madre, sino también por los miembros que conforman la familia extensa del niño, quienes pueden causarlo sino demuestran un interés real por proveer de lo necesario (como lo es lo afectivo, la familia, la educación, la salud, lo económico, etc.)²⁹ al niño.

²⁹ Fuente obtenida por la Coordinadora de la Oficina para Adopciones. Legalmente no existe un plazo que ampare cuál es el tiempo para declarar el estado de abandono de un menor, a su criterio nos manifestó que según costumbre y la práctica se usa un parámetro que radica entre 6 meses a un año, para que el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia que es el responsable para declarar si existe o no un estado de abandono del menor tanto de sus padres biológicos como de su familia extensa.

2.1.1. Antecedentes del Procedimiento de Abandono

En la década de los setenta y principio de los ochenta se dieron en el país situaciones conflictivas y de inseguridad que dejaron a menores principalmente desprovistos de afecto y cuidado familiar y es ahí donde se empezaron a proliferar las adopciones de niños salvadoreños en estado de abandono por parte de ciudadanos extranjeros.

La Ley de Adopciones no estaba diseñada para adopciones en masa de niños salvadoreños por ciudadanos extranjeros, esta situación sembró un desconcierto legal en los jueces de lo civil razón por la cual fueron los tribunales tutelares de menores de aquella época; los que atendieron la situación donde se les daba la competencia de decidir sobre casos de adopción, estos se regían por el código de menores para decretar la guarda de los menores.

De esta manera los jueces favorecían tanto a la familias que querían adoptar como a los niños salvadoreños que querían ser adoptados: el niño, previamente declarado en abandono; con sus futuros padres adoptivos viajaba al que iba a ser su nuevo hogar y allá era adoptado conforme las leyes del país³⁰.

Con el paso del tiempo, a estos jueces se les tildaron de corruptos por el procedimiento que seguían para decretar el abandono y se les exigió que realizaran investigaciones previas a decretarlas. Consecuentemente se derogo el artículo cien del Código de Menores que les daba la potestad de

³⁰ Doradea “*La Adopción Nacional en Infantes*” 36-37 (Véase capítulo I, página 11).

crear guarda con fines de adopción que carecía de una investigación previa, dando un giro a el procedimiento tomando en consideración el estado de representación del menor en tal circunstancia el juez tutelar de menores debía investigar la situación social y familiar del menor que se pretendía adoptar y expedía una resolución que decretaba el estado de abandono del menor y se los entregaba a los padres en adopción.

El Código de Familia vigente regula el abandono como una causal de pérdida de autoridad parental. Si los padres incurren en alguna de las causales que establece el C.F en el art. 240, y se probare el hecho, el Juez podrá decretar la pérdida de la autoridad parental que ejercían sobre sus hijos y con ello todos los derechos, deberes y obligaciones que conlleva la autoridad parental. En la solicitud para la adopción que regula el art. 192 de la LPRF se debe anexar la certificación de la sentencia que decreta la pérdida de autoridad parental por la causal del abandono.

No existiendo legalmente un término para declarar el estado de abandono del menor, aunque anteriormente cuando se promovía un proceso de pérdida de autoridad parental como causa de abandono, se hacía cuando existía un período de un año de abandono, donde no existía comunicación con los padres, causando un desamparo no solo en lo económico, sino en lo más importante que es lo afectivo, aunque la Ley no establece un término o período, recordemos que en materia de familia lo que media es la sana crítica, de todas las pruebas que el abogado o la OPA le presenta, comprobando el abandono, máxime si ese niño, niña o adolescente ha sido incorporado a un hogar sustitutivo³¹.

³¹ Muñoz, “La Retracción Justificada”, 155

2.2. Procedimiento que se lleva a cabo para declarar el abandono de acuerdo a la Ley Especial de Adopciones

La declaratoria judicial del Estado de Abandono consiste en una resolución que se otorga en vía judicial cuando un menor de edad se encuentra en situación de desprotección, desamparo, riesgo social, carente de elementos materiales y psicoafectivos, por el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, por lo que se ordena la suspensión o pérdida del ejercicio de la Patria Potestad al titular que la ostenta³²

En El Salvador, el procedimiento que se lleva a cabo para declarar el abandono de la niña, niño o adolescente como causal para establecer la pérdida de autoridad parental conforme el art. 30 de la Ley Especial de Adopciones, conlleva una serie de pasos que se exponen a continuación:

- 1) Citatorio de la PGR a los padres de la persona en proceso de adopción a través de edictos publicados en dos ocasiones con intervalo de quince días en un periódico de amplia circulación. En la última publicación se prevendrá a la madre o padre para que se presente en el término de quince días siguientes a la misma a ejercer su derecho de defensa.
- 2) Solicitud de informes sobre el paradero de los padres de la persona en proceso de adopción a las instancias siguientes: FGR, PNC, ISSS, Dirección General de Migración y Extranjería, Dirección General de Centros Penales, RNP, e Instituto de

³² Jenilee Lara Rivera et. al, *“La Declaratoria de Abandono en Menores de Edad”* (tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de Costa Rica, San José 2010) 82

Medicina Legal. Todo lo anterior deberán rendir informe en el plazo que no exceda de quince días hábiles siguientes a la solicitud.

- 3) Concluido dicho procedimiento, la PGR iniciará proceso de pérdida de autoridad parental, alegando así el abandono sin causa justificada.

El caso es que con las publicaciones de los edictos en el periódico de mayor circulación con intervalo de 15 días no es suficiente para que se pueda decir que se agotaron los medios para que los padres del niño, niña, adolescente puedan enterarse del citatorio que se está haciendo de parte de la PGR. Así como las solicitudes hechas a las instancias antes mencionadas, sobre la información del paradero de los padres no aseguran la total averiguación sobre la ausencia puesto que aun las instituciones no contestarían con prontitud a la solicitud y podrían estarse realizando procedimientos en los cuales no se sepa con exactitud dicho dato.

En vista de lo anterior se puede determinar que existen diversas instituciones que intervienen en el procedimiento de declaratoria de abandono, y aunque unas son más participativas que otras, todas juegan un papel importante, y tienen sus propios parámetros para realizarlo, tal como se desarrollan a continuación:

2.3. Instituciones que Intervienen en el Procedimiento de Declaratoria de Abandono

La Ley Especial de Adopciones regula lo referente a las instituciones a las cuales la PGR, solicitará ayuda para realizar la actividad procesal pertinente

en el procedimiento de declaratoria de abandono, sin embargo ha dejado de prever como se llevara a cabo tal solicitud, y es por ello que de conformidad a lo estipulado en el art. 19 del CPCYM³³, señala cómo afrontar las eventuales lagunas de la ley con el fin de evitar la parálisis de la actividad procesal, o el prejuizamiento de las cuestiones que tienen encomendadas los jueces (recuérdese la prohibición del non liquet).

En tal sentido, se ordena acudir en primer término a la analogía, con lo dispuesto en otras normas del propio Código dirigidas a regular actos semejantes (así, las reglas del juicio común respecto del abreviado y los procesos especiales); en segundo lugar y en su defecto se aplicarán “la normativa constitucional” y “los principios que derivan de este Código”, con especial importancia, cabe añadir, a los incluidos en este Título Preliminar. En un tercer peldaño, siempre subsidiario (a falta del anterior), a la jurisprudencia de la CSJ (“la doctrina legal”); en cuarto lugar a la doctrina científica (la de “los expositores del derecho”). Y en quinto y último lugar y si todas las demás no existieren para resolver el problema de que se trate, el juez deberá hacer uso según este art. 19, “de buen sentido y razón natural”, que son dos términos sinónimos para referirse al empleo de la lógica y la experiencia, es decir, el sentido común que se le presupone y exige a todo juez.

De lo anterior se evidencia una diferencia esencial entre los tres primeros criterios y los dos últimos: en el caso de los primeros la doctrina legal, se integra como complemento de las fuentes del ordenamiento; mientras que

³³ El Artículo 19 del Código Procesal Civil y Mercantil establece: *“En caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del derecho; y, a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso”*.

los dos últimos carecen de esta condición y se presentan como meros parámetros de orientación a los que, por eso mismo, no debe acudir salvo en casos extremos y desde luego previa rígida y contrastada comprobación de que no es posible llegar a la solución del problema a través de los anteriores. Lo contrario traería consigo, fácil es percibirlo, la desjuridificación de los procesos³⁴.

Asimismo, consagra en el Art. 20³⁵ del mismo cuerpo normativo, el carácter supletorio de todo el Código Procesal, para la generalidad de los procesos entablados en los restantes órdenes jurisdiccionales: “en defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente”.

Es decir, el propio Código se configura como instrumento de cierre del ordenamiento procesal en su conjunto, contribuyendo precisamente a evitar las lagunas legales en los procesos distintos a los que contempla, cuando las leyes específicas no tienen respuesta, o directamente se remiten a lo previsto en él. Particularmente útil resulta esta aplicación supletoria, en todo lo que se refiere al control de la jurisdicción y competencia del órgano judicial, abstención y recusación, notificaciones procesales, requisitos para alcanzar la voluntad de los órganos colegiados, celebración y suspensión de vistas, o la regulación de los distintos medios de prueba, y la adopción de medidas cautelares³⁶.

³⁴ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado, ed. 2016 (El Salvador, CNJ) http://www.cnj.gob.sv/web/images/documentos/pdf/publicaciones/Codigo_Procesal_Civil_Mercantil_Comentado_2016.pdf

³⁵ *Ibíd.* Artículo 20 “En defecto de disposición específica en las leyes que regulan procesos distintos del civil y mercantil, las normas de este código se aplicarán supletoriamente”.

³⁶ *Ibíd.* 22

No obstante lo anterior, el art.192 del CPCYM, establece que “Cuando el tribunal deba dar conocimiento de sus resoluciones a otros organismos o entidades, o formularles alguna petición para el cumplimiento de diligencias del proceso, o solicitare la cooperación y auxilio de otro tribunal, se expedirá oficio”, entre éstas instituciones se encuentran: autoridades públicas, registros públicos, municipalidades, de igual manera otros tribunales judiciales y en general, cualquier organismo y entidad³⁷.

La Ley Procesal Civil y Mercantil denomina “oficio” al tipo de comunicación que el tribunal establece con otras instituciones, conforme a lo que establece el art. 192 CPCM. Como ejemplos de la comunicación constante entre dichos sujetos, pueden mencionarse los siguientes: “a) Oficio para comunicar al Registro de Comercio que no se inscriba una escritura de Liquidación de Sociedad” (art. 89 inc. 2º); “b) Cooperación y auxilio entre órganos judiciales” (art. 141 inc. 2º); “c) Embargo de bienes inscritos a favor de la parte” (art. 618). Todas las normas jurídicas citadas son del CPCM.

El medio de que se vale para trasladar esa comunicación a sus destinatarios es a través de correo, por otro medio idóneo y finalmente, podrá encomendarse su traslado a la parte interesada, en la realización del acto procesal.

Para finalizar estos comentarios referidos a esta particular comunicación judicial de Oficios, dando un vistazo unos años atrás dicha expresión era aceptada por la jurisprudencia civil y mercantil salvadoreña, así como un determinado sector de la doctrina nacional³⁸.

³⁷ Artículo 192 del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual establece: “*Cuando el tribunal deba dar conocimiento de sus resoluciones a otros organismos o entidades, o formularles alguna petición para el cumplimiento de diligencias del proceso, o solicitare la cooperación y auxilio de otro tribunal, se expedirá oficio. Dicho oficio se acompañará de copia de la resolución, se cursará por correo o por cualquier medio idóneo y podrá disponerse, si ello no causare riesgo, su entrega a la parte interesada en la realización del acto procesal*”.

³⁸ Código Procesal Civil y Mercantil Comentado.

2.3.1. Procuraduría General de la República

Tiene como propósito fundamental velar por la defensa de la familia, de las personas e intereses de los menores, incapaces y adultos mayores; conceder asistencia legal y atención psicosocial de carácter preventivo; representar judicial y extrajudicialmente a las personas en defensa de la libertad individual y de los derechos laborales; representar judicial y extrajudicialmente a las personas, especialmente de escasos recursos económicos, en materias de Familia y de derechos reales y personales, velar por el cumplimiento y la eficaz aplicación de la Ley, el acceso a la justicia en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos y la protección y defensa de los derechos de las personas adultas, menores, indigentes e incapaces; asimismo facilitar el acceso a una pronta y cumplida justicia en materia de resolución de conflictos menores, a través de la Mediación y Conciliación, contribuyendo de esta forma a la Paz Social³⁹.

Entre las atribuciones que tiene esta institución que dos son las más importantes de mencionar con respecto a este tema:

- a) Crear, organizar, fusionar o modificar Procuradurías Auxiliares, Unidades de Atención al Usuario, Unidades de Apoyo Institucional, proponer la creación de toda clase de plazas, de acuerdo a las necesidades del servicio y disponibilidades presupuestarias.

- b) Autorizar la filiación adoptiva.

En el art. 44 inc. primero de la LEA establece que: “La PGR será la autoridad central en materia de Adopciones Internacionales para los efectos del

³⁹ Procuraduría General de la República de El Salvador. *Quienes somos* (San Salvador, 2012), <http://www.pgr.gob.sv/quienessomos.html#gsc.tab=0>

Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional”, esta es la institución encargada de llevar a cabo todos los trámites relativos a la adopción, entre ellos, la declaratoria de abandono. Pero además, necesita de una institución especializada en la materia de adopciones para poder realizar los procedimientos administrativos que se llevan a cabo, como lo es la OPA.

2.3.2. Oficina para adopciones

Es creada por medio de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (PGR), de fecha 3 de Diciembre de 2008, y publicada en el Diario Oficial de fecha 22 de Diciembre del mismo año. Vigente desde el 31 de diciembre de dicho año.

De conformidad a lo establecido en el art. 51 de dicha normativa, “la Oficina para Adopciones está a cargo de un coordinador bajo la dependencia del procurador adjunto de familia, la cual tendrá como función tramitar y resolver administrativamente las solicitudes de autorización de adopciones de niños y adolescentes, garantizando el interés superior de la niñez y respetando sus derechos fundamentales, priorizando el derecho a permanecer en su familia de origen y la adopción nacional sobre la internacional, garantizando la información y asesoría sobre la adopción y sus efectos a las personas cuyo consentimiento y conformidad se requiera, así como la preparación y el seguimiento post-adoptivo”.

Por lo tanto, la OPA es la encargada de llevar a cabo: a) el proceso de calificación de idoneidad de las familias que desean adoptar un niño, niña, basada en los requisitos que para el efecto se han establecido por la legislación nacional e internacional, vigente en el país sobre la materia; b)

Promover los procesos judiciales correspondientes para definir la situación jurídica para la adoptabilidad de los niños, niñas y adolescentes; c) localización geográfica y orientación dirigida a las madres biológicas de los menores sujetos de adopción, sobre los efectos jurídicos del otorgamiento de su consentimiento para que éstos sean adoptado; y d) asesoramiento legal sobre la adopción de niños, niñas y adolescentes.

La Oficina para Adopciones se encuentra integrada por Equipos Interdisciplinarios conformados por un Abogado, un Trabajador Social y un Psicólogo.

Los profesionales citados, cada cual en su rama, durante la Etapa Administrativa del Proceso, intervienen por medio de la elaboración de dictámenes legales, sociofamiliares y psicológicos, sobre la idoneidad de la familia solicitante; dichos dictámenes son revisados, analizados y en su caso, observados por parte de la coordinación de la oficina, quién somete a consideración, tanto del señor Procurador General de la República y como del Señor Presidente del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), los dictámenes emitidos sobre la calificación de los estudios realizados en el Extranjero a las familias solicitantes no domiciliadas en la República, dando cumplimiento a lo prescrito en los Artículos 185 del C.F y 193 lit. "b" de la LPRF.

En el caso que los referidos dictámenes reflejen la necesidad de una ampliación de la información presentada, el expediente de la familia solicitante es prevenida, mediante una resolución que se emite en dicho expediente, y notificando al apoderado de los solicitantes, las observaciones efectuadas por la OPA, con el objeto que subsanen dichas prevenciones.

Una vez efectuada esa calificación de idoneidad por parte de la PGR e ISNA, para el caso de las familias extranjeras, éstas quedan en espera de su asignación a un menor (Sujeto de Adopción) por parte del Comité Institucional de Asignación de Familias Adoptivas a Menores Sujetos de Adopción (CIAFAMSA). Estos niños han sido puestos a disposición del Señor Procurador General de la República, por parte del ISNA que es la Institución que declara a los menores sujetos de adopción.

El Abogado adscrito a la OPA es el encargado de verificar si ese menor puesto a disposición del Señor Procurador General de la República está jurídicamente disponible para ser adoptado; si este no fuera el caso, dicho abogado inicia el proceso respectivo en sede judicial hasta su finalización, a fin de preparar la situación jurídica del menor para su adopción. Durante dicha espera se suspende el plazo señalado por la Ley para la autorización de la adopción.

Tanto en este caso, como en el de la solicitud de adopción de un niño determinado, el CAFAMSA, cuerpo colegiado conformado por miembros de la PGR, califican su procedencia y asignan al menor la familia más idónea para ser adoptado, la cual es elegida de una terna de familias propuestas para el efecto⁴⁰.

Asimismo, la Oficina para Adopciones es la institución, dentro de la Procuraduría General de la República, que se encarga de llevar a cabo el procedimiento de Declaratoria de Abandono, ya que es una oficina especializada de la PGR con autonomía técnica; en razón de lo anterior, tiene como función principal recibir, tramitar y resolver administrativamente la

⁴⁰ Procuraduría General de la República, *“Oficina para Adopciones de El Salvador” Servicios* (2012): <http://www.pgr.gob.sv/ado.html#gsc.tab=0>

solicitud de adopción de niñas, niños y adolescentes, así como de los procesos o diligencias que sean necesarios para tal fin, garantizando su interés superior, poniendo especial cuidado en cada uno de los casos de los cuales se encarga, así lo establece el art. 45 de la Ley Especial Adopciones.

Es por medio de un procurador dentro de esta oficina, que al presentarse la respectiva solicitud, se iniciaría el procedimiento; en ese sentido, es también, el encargado de librar oficios de búsqueda en las instituciones y determinar de esa manera el estado de abandono en el que se encuentra la niña, niño o adolescente.

Es necesario determinar que los parámetros que se llevan a cabo en esta institución requieren de un visto bueno de los especialistas que conforman ésta oficina, sin ello y sin los respectivos informes, no es posible determinar el estado de abandono, y mucho menos el declararlo. Y por tanto, tampoco podría llevarse a cabo la adopción del menor, así como la declaratoria de aptitud para la adopción, esto conforme lo establecido en el art. 55 de la Ley Especial Adopciones.

2.3.3. Fiscalía General de la República

Desde sus orígenes ha procurado velar por los intereses de las víctimas, el resguardo del Estado de Derecho y por el fiel cumplimiento de la Constitución y de la Leyes de la República.

A principios del siglo XX, el Estado salvadoreño luchó para que la FGR tuviese una estructura institucional sólida de cara a los problemas que enfrenta a diario la sociedad y el Estado.

Fue por decreto número 251 de fecha 29 de noviembre de 1945, que se introduce enmiendas por parte de la Asamblea Nacional Constituyente a la Constitución Política de 1939, vigente a partir de este momento, estableciendo que el Ministerio Público sería ejercido por el Procurador General de la República, gozando de independencia de acción en el ejercicio de sus funciones.

El 4 de marzo de 1952 surge la Ley Orgánica del Ministerio Público, adquiriendo relevancia como institución, y en la actualidad se posiciona como garante de la Seguridad Jurídica de el Salvador.

En la Constitución vigente erigida en 1983, establece entre las facultades conferidas al FGR, según el art. 193: dirigir la investigación del delito con la colaboración de la PNC en la forma que determine la ley; y el núm. 4° promover la acción penal de oficio o a petición de parte.

La Fiscalía General de la República de El Salvador es el organismo que posee, de acuerdo a su ley orgánica, las competencias de «defender los intereses del Estado y de la sociedad; dirigir la investigación de los hechos punibles y los que determinen la participación punible; promover y ejercer en forma exclusiva la acción penal pública, de conformidad con la Ley; y desempeñar todas las demás atribuciones que el ordenamiento jurídico les asigne a ella o a su titular»⁴¹.

La Fiscalía es una de las instituciones que interviene en el procedimiento de declaratoria de abandono, aunque su intervención es de carácter menor. Al librarse los oficios de búsqueda, ésta es una institución requerida para que

⁴¹ Fiscalía General de la República, “*Historia*” (2016) <http://www.fiscalia.gob.sv/historia/>

brinde la información con respecto a si tiene conocimiento del paradero de los padres biológicos del niño, niña o adolescente.

En ese sentido, para proporcionar un informe certero de las investigaciones realizadas, y previo a rendir el informe solicitado por la PGR, las actuaciones deberán enmarcarse en los parámetros de búsqueda que como institución, deben dar cumplimiento y así respaldar la investigación.

2.3.4. Policía Nacional Civil

Es una institución de naturaleza civil, profesional y ajena a toda actividad política partidista. Su estructura y organización son de naturaleza jerárquica, bajo la suprema conducción del Presidente de la República, quien la ejercerá por intermedio del Ministro de Seguridad Pública⁴².

Esta es una de las instituciones intervinientes en el procedimiento de declaratoria de abandono, en el proceso se manda un oficio para que indague en sus registros y verifique si algún pariente del niño, niña o adolescente tiene antecedentes que puedan servir para descubrir si es posible localizar o no a la persona encargada del niño, niña o adolescente.

2.3.5. Dirección de Migración y Extranjería

Es una institución gubernamental que tiene como misión el controlar el ingreso y salida de nacionales y extranjeros; emitir documentos de viaje; registrar la permanencia de las personas extranjeras y el otorgamiento de calidades migratorias; apoyar la integración de las personas retornadas y la

⁴² Esta es una definición de acuerdo a la Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/documentosboveda/d/2/1990-1999/1992/08/88a28.pdf>

atención integral a los migrantes; detección de delitos de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes contribuyendo a la seguridad pública y al desarrollo nacional⁴³.

Los objetivos de esta institución son:

- a) Velar por el buen cumplimiento de las atribuciones y obligaciones encomendadas a la Dirección en el marco del Reglamento y la L.M. E de El Salvador, ejerciendo un eficiente registro y control migratorio, facilitando el otorgamiento de documentos de viaje y agilizando los trámites solicitados por extranjeros que visitan el país.
- b) Fortalecer el control migratorio a través de la integración y coordinación a nivel institucional e interinstitucional.
- c) Garantizar la seguridad nacional ejerciendo un adecuado registro y control migratorio.
- d) Proporcionar servicios de calidad a usuarios nacionales y extranjeros, con mejor cobertura y efectividad.
- e) Apoyar los procesos de integración regional en términos de facilidades migratorias.
- f) Promover a través de servicios especiales la inversión y clima de negocios para los extranjeros inversionistas.
- g) Fortalecer los procesos y controles fronterizos facilitando a su vez el turismo internacional.

⁴³ Dirección General de Migración y Extranjería, *“Misión, Visión, Valores y Principios”*, (El Salvador) <http://www.migracion.gob.sv/institucion/mision-vision-valores-y-principios/>

- h) Brindar apoyo administrativo en forma oportuna con el objeto de garantizar la adecuada utilización de los recursos.
- i) Impulsar procesos de trabajos dinámicos, ordenados y transparentes en relación con la gestión de compras y aprovisionamiento de recursos de apoyo a todas las unidades. Potenciar el recurso humano para dinamizar y modernizar todos los servicios⁴⁴.

Entre estos es necesario tomar relevancia en los lits.“a)” y “h)”, referente a que plantean dos elementos importantes que la institución debe considerar al momento que realice las investigaciones que le solicitan las diferentes entidades, tales como dar cumplimiento de las normativas, y brindar apoyo administrativo. En los procedimientos de declaratoria de abandono se solicita ayuda a través de un oficio a ésta institución para que informe si tiene algún conocimiento de un familiar del niño, niña o adolescente al cual se busca declarar en abandono. Lo que se buscaría en este caso es si ese familiar ha hecho un viaje al extranjero y de ser así, hacia donde.

2.3.6. Dirección General de Centros Penales

Desde Septiembre de 1973 es la Institución encargada de la Política Penitenciaria en El Salvador, por mandato Constitucional, así como de la organización, funcionamiento y control de los Centros Penitenciarios. Desde el año 2006 es una dependencia del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública (MJSP)⁴⁵.

Esta institución es otra de las requeridas mediante oficio para que brinde

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ Dirección General de Centros Penales, “*Reseña Histórica*” (El Salvador Ministerio de Justicia, y Seguridad Pública 2018), <http://www.seguridad.gob.sv/institucion/estructura-organizativa/direccion-general-de-centros-penales/>

información con respecto a sí tiene conocimiento de algún familiar del niño, niña o adolescente, pues éste puede haber sido sentenciado a prisión y encontrarse recluido en algún centro penal. Por lo que es necesario que la Dirección General de Centros Penales realice una investigación dentro de los centros penitenciarios y sus respectivos registros.

2.3.7. Registro Nacional de Personas Naturales.

Es una entidad de derecho público, con autonomía en lo técnico y en lo administrativo; para efectos presupuestarios se encuentra adscrito al Tribunal Supremo Electoral. Su competencia abarca todo el territorio nacional en materia de Registro del Estado Familiar e Identificación ciudadana⁴⁶.

Al igual que las anteriores, se solicita que esta institución brinde informe con respecto a si en sus respectivos registros contiene información del paradero del familiar del niño, niña o adolescente. Así sea porque se mudó de casa, o se encuentra en alguna parte del territorio nacional.

2.3.8. Instituto de Medicina Legal

Es un órgano que contribuye técnica y científicamente en la administración de justicia, asistiendo al restablecimiento de los derechos de los ciudadanos por medio de la realización de análisis científicos de elementos probatorios, evacuación de consultas técnicas y la práctica de exámenes que ordene la autoridad competente; velando por la dignidad de los usuarios del sistema. Tiene su base constitucional en el Inc. 2º del Art. 172 y la creación, estructura y organización fue establecida en el Reglamento General

⁴⁶ Registro Nacional de las Personas Naturales, "Historia" (El Salvador), <https://www.rnppn.gob.sv/historia/>

contenido en el Decreto Legislativo No. 123 del año 1990⁴⁷.

Esta institución tiene dentro de sus funciones:

- a) Proporcionar los servicios periciales que le sean solicitados por la autoridad competente, guardando las reglas de la Cadena de Custodia respectiva.
- b) Recopilar, organizar y publicar datos y estadísticas sobre las materias del Instituto.
- c) Realizar investigaciones científicas, capacitación y actualización para su personal técnico y científico.

Asimismo establece que La PGR es una de las instituciones que puede solicitar sus servicios.

El art. 4 del Reglamento del Instituto de Medicina Legal establece que: “El Instituto prestará servicio a todos los tribunales y juzgados, evacuando consultas y emitiendo dictámenes en casos especiales que se presenten en el resto de la República”⁴⁸.

Con base en lo anterior, el Instituto de Medicina Legal es solicitado mediante oficio emitido por la OPA, a fin de que informe si tiene conocimiento sobre

⁴⁷Justicia de Cerca, “*Instituto de Medicina Legal*” (El Salvador, 2016) http://www.csj.gob.sv/Comunicaciones/2016/06_Junio/Images/Justicia_Cerca_19.pdf

⁴⁸Abogados y Notarios de El Salvador, “*Reglamento General del Instituto de Medicina Legal*” (Acuerdo Judicial, Diario Oficial 246, Tomo 309, Publicado el 23/10/1990) <http://elsalvador.abogadosnotarios.com/reglamento-general-del-instituto-de-medicina-legal-qdr-roberto-masfer-rerq/>

alguno de los familiares del niño, niña o adolescente, sobre su deceso o una situación parecida que pueda ayudar a determinar el paradero del mismo y así continuar con el acto jurídico pertinente con respecto al niño, niña o adolescente.

Entre otras cosas, medicina legal se encuentra configurado por diversos profesionales, que ayudan a determinar el estado en el que se encuentra la niña, niño o adolescente, su situación social. A manera de comparación, en el antiguo proceso llevado por los Juzgados de Familia, los informes otorgados por este grupo disciplinario no equivalían a prueba, pero tenía una gran influencia en la forma en que el juez resolvía el proceso.

Como se observa, la PGR es el ente que da impulso a dicho procedimiento, y ante esta nueva regulación se crean expectativas sobre la rapidez del procedimiento de adopción, que con la idea de agilizar todos los procedimientos que anteriormente eran tediosos y tardados se reducen los plazos de intervención de los padres especialmente en los casos de abandono sin causa justificada.

Lo anterior conlleva a la inobservancia parcial al debido proceso, debido a que conforme la LEA, la Procuraduría da por hecho que se ha configurado el abandono tras una investigación después de la cual se acude al juzgador a solicitar pérdida de autoridad parental con una declaratoria prejudicial de abandono que no le deja más lugar al juez que conceder dicha pretensión pues se cree que las actuaciones que se presentan ante él han gozado de veracidad y que al no haber verificado el paradero de los padre procede la pronta colocación del menor en una familia adoptiva, actuaciones que no dan lugar a la madre o padre a que gocen de mayor intervención para poder explicar la causa de su ausencia.

En el entendido de que los medios que se usaron para la verificación de su paradero no fueron los idóneos para que ellos pudieran ejercer su derecho de defensa siendo así que se les despoja de su autoridad parental.

La importancia que tiene la declaratoria de abandono previo al proceso de pérdida de autoridad parental es grande pues al momento de acudir ante el juzgador a alegar dicha circunstancia, este valorara la prueba presentada por la PGR, en la cual se alegara que se está en presencia de un abandono injustificado y que por lo tanto se proceda a la correspondiente pérdida de autoridad parental para realizar efectivamente la adopción.

El procedimiento conforme la Ley Especial de Adopciones, presupone la existencia de una institución designada dónde se llevarán a cabo estos procedimientos administrativos establecidos, sin embargo hasta la fecha no existe esta entidad debido a la falta de presupuestos, pero de manera provisional está conociendo la OPA ya existente.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS Y DERECHOS QUE SE VULNERAN EN EL PROCEDIMIENTO DE DECLARATORIA DE ABANDONO

El propósito del presente capítulo es desarrollar los elementos del debido proceso como rector ante los procedimientos llevados a cabo en nuestro país para que sean bajo el fiel cumplimiento de las garantías que le asisten a toda persona y que están reconocidas en nuestra Constitución de la República, y de esta manera detallar como se ven vulnerados los principios y derechos identificado en el procedimiento para declarar el abandono en la LEA.

3.1. El Debido Proceso

3.1.1. Origen del debido proceso

El Debido Proceso se entiende como aquel que “asegura al ciudadano la observancia de las reglas constitucionales procesales, cuyas finalidades son por una parte, el respeto de los derechos fundamentales básicos que no pueden ser limitados sin justificadas razones, y por otra, la obtención de una sentencia ajustada a derecho. Inicialmente, en la jurisprudencia Salvadoreña, se concebía el Debido Proceso como una garantía solo aplicable al área procesal.

En El Salvador existe una evolución jurídica constitucional de la garantía del debido proceso, es decir, en diferentes constituciones de la República se ha establecido el derecho a esta garantía, desde su primera regulación en la constitución de 1841, que concebía al debido proceso como una protección a

la vida, propiedad y la libertad de las personas y que tales derechos no podían ser reducidos sin anteriormente llevar un proceso establecido previamente en la ley, hasta su regulación actual en la constitución de 1983, por lo que a continuación se establece una cronología histórica normativa a nivel constitucional sobre esta garantía⁴⁹.

En las constituciones de 1864, 1871, 1872, 1880, 1883 y 1886 se mantuvo con corta diferencia el mismo texto, incorporando algunos cambios, entre los que podemos mencionar los siguientes:

- a) Se añadió el hecho que no se podía "enjuiciar dos veces por el mismo delito"; en las tres últimas constituciones mencionadas anteriormente se sustituyó "oír y vencer en juicio con arreglo a las fórmulas que establecen las leyes" por "ser previamente oído y vencido en juicio con arreglo a las leyes", es decir que prescindieron de la palabra formula, con lo cual se dio más amplitud al término, ya que al mencionarse las leyes, no distinguían solo lo procesal y abarcaban tanto las sustantivas como las procesales,
- b) Suprimieron la sanción por la violación cometida; y
- c) Eliminaron el honor como causal, establecido en los Arts. 82, 109, 27, 23, 19 Y 20, Cn, respectivamente.

⁴⁹Art. 76 de la Constitución de El Salvador de 1841 cuyo tenor literal era el siguiente: "Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su propiedad, de su honor o de su libertad, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las fórmulas que establecen las leyes, Ordenes, providencias, o sentencias retroactivas, proscriptivas, confiscatorias, condenatorias sin juicio y que hacen trascendental la infamia; son injustas, opresivas y nulas. Las autoridades o individuos que cometan semejantes violaciones, responderán en todo tiempo con sus personas, y bienes a la reparación del daño inferido.

En la Constitución de 1939 el debido proceso legal se amplía al ámbito de la posesión al establecer en el Art. 37 que "Ninguna persona puede ser privada de su vida, de su Libertad, de su propiedad, ni de su posesión, sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada civil o criminalmente dos veces por la misma causa".

La garantía del debido proceso se encuentra establecida en nuestra Constitución vigente en el Art. 11 inciso primero que establece: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes, ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa". Lo anterior presupone, la existencia de un órgano judicial independiente y funcional, así como serie de normas que aseguren un procedimiento equitativo y en el cual el procesado tenga a su alcance todas las posibilidades de una defensa de su caso.⁵⁰

3.1.2. Definición del Debido Proceso

El jurista español Jesús Gonzalo Pérez refiere: "debido proceso es aquel proceso que reúne las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por las garantías del juez natural".

Aníbal Quiroga, señala "el debido proceso legal en el Derecho Procesal Contemporáneo es el relativo a lograr y preservar la igualdad"⁵¹

⁵⁰Zintia Dalila Herrera Chávez et. al, "Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso en las Diligencias Extrajudiciales, (Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Marzo de 1998), 50

⁵¹ Beraun, Max y Mantari, Manuel, "Visión Tridimensional del Debido Proceso", consultado el 21/10/09. URL: www.justiciaviva.org.pe/jvnn/05/art/visiontridi.doc

De Bernardis, sostiene que el debido proceso es una garantía y un derecho fundamental de todos los justiciables que les permitirá, una vez ejercitado el derecho de acción poder, efectivamente, acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos que lleven a la autoridad encargada de resolverlo a pronunciarse de manera justa, equitativa e imparcial. De esta manera, el proceso se constituirá en el vehículo que proporciona y asegura a los justiciables el acceso a la justicia, entendida esta como valor fundamental de la vida en sociedad.⁵²

En conclusión, el debido proceso es una garantía que conlleva la existencia de un órgano judicial independiente y funcional, y una serie de normas que aseguren un proceso equitativo, en el cual el procesado tenga a su alcance todas las posibilidades de defenderse.

3.1.3. El Debido Proceso en la Jurisprudencia Constitucional Salvadoreña

La Sala de lo Constitucional entiende por debido proceso: “aquella obligación de todo juzgador de guiarse y de fundamentar sus resoluciones en leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, ceñirse al texto de la Constitución, la ley y de respetar las disposiciones de los cuerpos normativos vigentes, es decir, quien aplica la ley debe cumplir los parámetros que ésta franquea, pues excediéndose de aquéllos, el juzgador se convierte en generador de inseguridad jurídica”⁵³.

Es de gran importancia señalar que el debido proceso, está en relación directa con el Principio de Legalidad pues en la medida que las reglas del

⁵² *Ibíd*em

⁵³ Sentencia en el proceso de Habeas corpus del 23/IV/1999.C:S:J Ref. 87-99 CSJ

debido proceso se respeten y se apliquen adecuadamente, afirmando al Principio de Legalidad como una garantía y principio Constitucional.⁵⁴

Asimismo, el debido proceso se encuentra en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, cuyo art. 8 consagra el derecho al debido proceso, y en primer párrafo, el derecho de acceso a la justicia, determinando que: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la Ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter similar situación”.

La garantía del debido proceso se termina de configurar con las disposiciones contenidas en el art. 12 de la Cn de la República que establece para el imputado la presunción de inocencia, en tanto no se pruebe su culpabilidad y que la prueba de culpabilidad se reciba legalmente en juicio público, mediante el cual se aseguren todas las garantías necesarias para la defensa.

En el ámbito del derecho de familia, lo anterior se traduce a la posibilidad que el padre goce con su derecho de presunción, al momento de llevar a cabo el procedimiento para la declaratoria de abandono del menor y que se tomen en cuenta todas las garantías necesarias en el supuesto que exista causa justificada de abandono del padre, y permitiendo que este puede revertir la decisión tomada por la PGR.

⁵⁴Oscar Humberto Luna, “El Debido Proceso Penal”, (Sitio Web Diario Colatino, entrada del 8 de marzo de 2004, consultado el 10 de septiembre de 2009, Url: www.diariocolatino.com/es/20040308/opiniones/opiniones_20040308).

3.1.4. Dimensiones del Debido Proceso

- a) Procesal: que es aquella que engloba las instituciones jurídicas necesarias para obtener un proceso formalmente válido;
- b) Sustancial: la cual se vincula directamente con el principio de razonabilidad y proporcionalidad de los actos de poder, y por tanto, determina la prohibición de cualquier decisión arbitraria. Se hace referencia al debido proceso como una realidad sustantiva, material, necesaria para el recto ejercicio de la función jurisdiccional y el logro de la tutela judicial efectiva.

3.1.5. Elementos que configuran el Debido Proceso y su vulneración en la declaratoria de abandono conforme a la Ley Especial de Adopciones

De acuerdo a lo establecido por la Constitución y los Pactos Internacionales, se puede establecer el siguiente contenido de la garantía del debido proceso:

3.1.5.1. Derecho de Defensa

Es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente y en los textos de derechos humanos, el cual debe salvaguardarse en cualquier procedimiento jurisdiccional. Es parte del debido proceso y requisito esencial de validez del mismo.

Consiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de contradicción. Asimismo, constituye un derecho ilimitado,

por ser un derecho fundamental absoluto. Justamente, la defensa de la persona en juicio de sus derechos se concibe solamente a través de la intervención del abogado⁵⁵.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948, estableció que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal⁵⁶.

La defensa es una actividad humana que necesariamente tiene que realizar toda persona frente a una agresión de cuya acción pueden resultar bienes jurídicos perjudicados, lo cual hace necesario que la defensa se regule desde el punto de vista jurídico penal, como un bien jurídico esencial de la persona humana y así evitar los abusos de autoridad por parte de quienes dirigen la investigación de un hecho delictivo, lo que origina respeto y protección hacia los derechos humanos, entre ellos el de defensa y consecuentemente una mejor administración de justicia.

Consecuentemente, el derecho de defensa presupone una relación jurídica procesal, entre el imputado y el Estado, frente a quien tiene que responder por la comisión de un hecho presumiblemente punible.

Según Víctor Moreno Catena, el Derecho de Defensa es “La repulsión de una agresión, en cuyo caso se fundamenta en un pretendido derecho estatal de penar que de la comisión de hechos presuntamente delictivos, con la

⁵⁵ Archivos jurídicos, Derecho de Defensa (Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM) 3. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3878/7.pdf>

⁵⁶ *Ibidem*. 4

finalidad de preservar al imputado o inculpado de un tratamiento injusto e inadecuado.

Para Fernando Cruz el Derecho de Defensa es “Toda aquella actividad que se ejecuta durante todo el proceso con el fin de eliminar la duda que el ejercicio de la acción penal ha producido en relación a la persona detenida”.

Según Ricardo Falla Cáceres, el Derecho de Defensa es “El ejercicio de los derechos del individuo, la afirmación de las garantías de la persona humana, la consagración de su inalienable derecho a la paz, a la libertad y el acatamiento.

De conformidad con Guillermo Cabanellas, en su diccionario enciclopédico de Derecho, expresa que la defensa es “La facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervienen en las actuaciones judiciales, para ejercitar dentro de los mismos, las acciones y excepciones que respectivamente pueden corresponderles como actores o demandados; ya sea en el orden civil como en el criminal, administrativo, laboral, etc.⁵⁷.

Al definir la defensa Mancini Vicenso la distingue en dos sentidos general y estricto; en sentido general como la actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos de la persona, y en sentido estricto la actividad que se contrapone a la acción ejecutada por el juez.⁵⁸

⁵⁷Celio Anibal Meléndez Meléndez et. al, “Atentados contra el Derecho de Defensa” (Tesis para obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, octubre 1994) 13-15.

⁵⁸ Carlos Norberto Deras Corado et. al, "Eficacia de la garantía de audiencia en la legislación aplicada a los trabajadores del sector público" (Tesis para obtener el título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de El Salvador, Septiembre 2008) 10

Desde tiempos remotos, el derecho de defensa se ha practicado de diferentes maneras, que con el pasar de los años ha ido evolucionando hasta llegar a lo ahora conocido. Éste derecho es fundamental al momento de llevarse a cabo cualquier procedimiento, ya que implica que al controvertirse un hecho, serán participes las partes involucradas, las cuales son necesarias para clarificar los hechos y de esa manera, facilitarse al juez el discernimiento entre lo real y lo falso. Sin embargo, si evaluamos el procedimiento llevado a cabo, eso es algo que no se detalla, como anteriormente mencionábamos, omitiendo así un derecho altamente regulado y protegido por el Estado.

La Sala de lo Constitucional también se ha pronunciado con respecto a este derecho, como tal señala: *“La garantía de defensa, puede entenderse como la actividad procesal dirigida a hacer valer ante una autoridad judicial o administrativa , los derechos subjetivos y los demás intereses jurídicos de la persona contra la cual se sigue un proceso o procedimiento.*

De lo anterior se colige que la garantía de defensa existe en su aspecto material y técnico, es decir, el derecho de defensa posee un normal desdoblamiento subjetivo de la actividad defensiva, ya sea que lo ejerza la persona que puede verse afectado en sus derechos o un profesional del derecho. Se entiende por lo tanto que:

- A) Defensa material: consiste en la facultad que posee el imputado de intervenir en todos los actos del procedimiento que incorporen elementos de prueba, así como a realizar todas las peticiones y observaciones que considere necesarias, de manera que se le facilite hacerse oír y valer sus medios de defensa, es decir, la defensa material implica la posibilidad de que el imputado tenga una

participación activa, ya sea exponiendo su versión de los hechos, proponiendo y produciendo prueba, y controlando la prueba que se presenta en su contra.

Es así, que la defensa material si bien puede ser visto como una alternativa a la defensa técnica –cuando el imputado posee los conocimientos técnicos necesarios para defenderse por sí mismo- en cuyo caso se le denomina "autodefensa", la cual puede ser permitida pero nunca impuesta, también puede concurrir junto a ésta y ser ejercidos de manera conjunta; ya que la obligatoriedad de la defensa técnica no tiene por qué excluir algunas posibilidades de defensa material; en otras palabras, el ejercicio de la defensa técnica no excluye la posibilidad de que el imputado ejerza su defensa material en cualquier estadio del proceso.

Precisamente –y de manera más específica en el ámbito penal-, el derecho de defensa material lo posee toda persona sobre quien pesa una imputación, por ser sujeto de derechos y por estar establecidos en las normas fundamentales; dicha garantía nace con el acto de la imputación y otorga al inculcado una serie de facultades referidos básicamente a las garantías de la defensa en juicio, de manera que puede decirse, que la garantía de defensa material lo componen, entre otros:

- a) Ser informado sobre la atribución delictiva, ya que el primer requisito para poder responder a una acusación y efectuar una adecuada defensa es tener conocimiento de lo que se atribuye;
- b) Declarar sobre los hechos, en que el imputado tiene la más amplia libertad para expresarse sobre los puntos que crea convenientes y aun manifestado su voluntad de declarar, puede negarse a responder sobre determinados puntos;

c) Realizar indicaciones probatorias, las cuales pueden ser hechas ya sea a través de declaraciones o mediante solicitud a la autoridad judicial que se encuentre conociendo del proceso penal; en este punto es necesario mencionar que la prueba propuesta debe tener como fin la demostración de hechos relativos al objeto procesal; cabe decir, que el juzgador no puede negarse de manera arbitraria a la realización o incorporación de prueba que el imputado considere relevante para el adecuado ejercicio de su derecho de defensa; sin embargo, cuando la prueba es solicitada en el juicio, tiene sus limitaciones, ya que es el tribunal sentenciador quien lo decide por resolución fundada.

Cuando lo considere pertinente para resolver el caso o para lograr que los vicios que se hayan presentado en el proceso sean subsanados.

De lo expuesto se desprende que la defensa material es de uso exclusivo del imputado y tiene su razón de ser en la lógica necesidad que posee el inculcado de intervenir personalmente en el proceso, pues en él puede ser privado de su libertad.

B) Defensa técnica: es el fundamento de la necesidad que tiene el imputado de hacerse asistir de un defensor técnico.

Lo anterior lo dejó de manifiesto la Sala en la sentencia pronunciada en el proceso de hábeas corpus número 21-R-94, en la cual se estableció: " La defensa técnica se justifica en virtud de ciertas circunstancias específicas del proceso penal, tales como la inferioridad en que pueden encontrarse el acusado en el proceso, sea por falta de conocimientos técnicos o de experiencia forense; el sentirse disminuido ante el poder de la autoridad

estatal encarnada por el Ministerio Público y el Juez; la dificultad para comprender adecuadamente los resultados de la actividad desarrollada en el proceso penal; la falta de serenidad en su actuación, tomando en cuenta que es la persona cuya libertad se cuestiona; la oportunidad de actuar oportunamente a consecuencia de la detención; y las limitaciones que en cualquier caso implican la incomunicación de los detenidos⁵⁹."

3.1.5.2. Relación del derecho de defensa con la presunción de inocencia

El debido proceso lo conforman una serie de garantías, dentro de las cuales se ubica la defensa de igual forma; la defensa involucra una serie de formas garantistas que hacen a la necesaria contradicción que debe presidir el procedimiento y la prevalencia de igualdad de oportunidades entre acusador y acusado y que, en definitiva, ampara a cualquier persona desde el primer momento en que se manifiesta en su contra el poder penal estatal, hasta que este y sus consecuencias concluyan.

Sintéticamente esas fórmulas garantistas de la defensa a la cual se hace alusión en el párrafo anterior, son el derecho de resistir la imputación, derecho de ser oído, derecho a ser informado de manera clara, precisa, circunstancias y específicas de la imputación y de las pruebas existentes, derecho de ofrecer pruebas, la defensa técnica, traductores e intérpretes, consultores técnicos.

La presunción de inocencia, es una garantía judicial que ha adquirido un reconocimiento universal, no solo en las convenciones de Derechos

⁵⁹ Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, "*Sentencia de Habeas Corpus*", Referencia 243-2002 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002) <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2003/03/1C64.PDF>

Humanos, sino que se ha convertido además en la mayor parte de países en un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, pero las leyes, van mucho más distantes en la práctica por varias razones; las normas procesales no están dirigidas esencialmente a la tutela de la inocencia, ya que por una parte, si en un procesado no se establece la culpabilidad, esto no significa que se haya reconocido su inocencia; por otra parte, el proceso penal no tiene como finalidad esencial la de proclamar la inculpabilidad del imputado sino que solo pretende comprobar si existen o no las condiciones para sancionar.

Desde el punto de vista de Mancini Vicenzo, la defensa y la presunción de inocencia son independientes entre sí, ambos son necesarios como parte de un debido proceso legal para el acusado, donde la inocencia necesita de la defensa para descubrir la verdad, reconociendo además que las garantías del debido proceso su complejidad estriba en su íntima relación de unas respecto de las otras.

El Derecho de Defensa tiene un origen constitucional, por lo que debe de garantizarse el respeto al mismo en la normativa secundaria y es el caso que en la LEA en su art. 30 inc 5 y 6, existe un procedimiento para la declaratoria de abandono, en el cual se presume haber agotado todas las instancias correspondientes para dar con el paradero del padre o madre biológico del niño, niña o adolescente.

En lo antes referido se vulnera el derecho de defensa al momento que en las investigaciones el plazo establecido es muy corto al igual que posteriormente determina un plazo de 15 días después de las publicaciones de los edictos para que el padre o madre biológico pueda comparecer a ejercer su derecho de defensa, y de no hacerlo se le nombra un defensor, pero en ningún

momento se ve reflejado que exista una verdadera defensa, puesto que da incertidumbre jurídica el hecho de que materialmente no se encuentra presente el padre o madre biológica para exponer sus razones y hacer valer sus derechos.

Se considera también, que se vulnera el principio de presunción de inocencia porque se presume que la causa de abandono es injustificada, no habiendo escuchado los motivos que llevaron a los padres a ausentarse.

3.1.5.3. Garantía del juicio previo y su relación con el Derecho de Audiencia

La garantía del juicio previo consiste en que el juez natural no puede imponer una pena sin que haya realizado un proceso que culmine con una declaración fundada de culpabilidad; requiere mínimamente la fijación legal de un programa de carácter general e inalterable, para la investigación y juzgamiento de delitos, en el que se resguarde la observancia de formas relacionadas con la acumulación, defensa, prueba, sentencia y recursos.⁶⁰

Esta garantía lleva implícita garantía de audiencia, que es una de las más importantes dentro cualquier régimen jurídico, ya que implica la principal defensa de que dispone todo gobernado frente a actos del poder público, que tienden a privarlo de sus más caros derechos y sus más preciados intereses, tal como lo expresa el art. 11 de la Constitución ordena: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y

⁶⁰ Gabriel de Jesús Arteaga Zepeda, Rosa Elisa Ortiz Moreno, "El respeto a la Garantía del Debido Proceso en la Aplicación de la Ley de Protección de Víctimas y Testigos" (Tesis, Universidad de El Salvador, Ciudad Universitaria, San Salvador Junio de 2010) 92

vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa”.

Como se puede advertir, la garantía de audiencia está contenida en una fórmula compleja e integrada por cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, siendo estas:

- a) La que va en contra de la persona, a quien se pretenda privar alguno de los bienes jurídicos tutelados por dicha disposición constitucional, se siga un juicio.
- b) Que tal juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos.
- c) Que en el mismo se observen las formalidades esenciales del procedimiento, y;
- d) Que el fallo respectivo se dicte conforme a las leyes existentes con antelación al hecho o circunstancia que hubiere dado motivo al juicio.⁶¹

3.1.5.3.1. Denominaciones del Derecho De Audiencia

El concepto de garantía de audiencia: proviene del latín audientia, y consiste en el acto por parte de los soberanos o autoridades, de oír a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa.⁶²

Audiencia: deriva del verbo audire, el cual es el acto de oír un Juez o Tribunal a las partes, para decidir los pleitos y causas.⁶³

⁶¹ Deras, "Eficacia de la garantía", 59-62

⁶² Diccionario Jurídico Mexicano, Tercera Edición, 264

⁶³ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Guillermo Cabanellas, Tomo I, Pág. 410

La llamada "Garantía de Audiencia" ha recibido en la doctrina y jurisprudencia extranjera otras denominaciones; aunque hay que confesar que su contenido y alcance no es simple exactamente el mismo. Así, en los países anglosajones se habla de la "Garantía del Debido Proceso Legal y de la Ley de la Tierra", en México, algunos autores la llaman "Garantía de Legalidad", "Garantía de la Jurisdiccionalidad" o "Garantía Jurisdiccional", y en España, se le llama "Garantía a la Tutela Judicial Efectiva por los Tribunales".

El gran filósofo del derecho Luis Recasens Siches, en su Filosofía del Derecho, nos habla de un "Derecho a ser oído públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial", como una garantía de juricidad y considera por tal lo opuesto a lo arbitrario, señalando en los Tribunales y en su protección, si son independientes del Poder Ejecutivo.

La Garantía de Audiencia forma parte de lo que se llama el Derecho Internacional Positivo o Derecho Internacional Vigente al estar incluida en múltiples declaraciones de derechos que han sido el resultado de Congresos y Tratados Internacionales.

Forman parte, junto con el Juicio de Amparo, de lo que constituyen las garantías constitucionales en su estricto sentido, como mecanismos judiciales tendientes a tutelar los llamados Derechos del Hombre o Derechos Humanos.

La implantación constitucional de las llamadas garantías individuales que equivale en un lenguaje más apropiado a garantías del gobernado ha significado en la evolución del derecho público una etapa inicial, aunque de capitalísima importancia en el afán deontológico de adecuar los

ordenamientos positivos fundamentales a la naturaleza humana, a efecto de preservar una esfera mínima en que el hombre como tal y como gobernado, es decir, como miembro de una comunidad organizada en Estado y dirigida autoritariamente, pueda desenvolver su propia personalidad en la consecución de sus fines vitales.

Sin embargo, la sola inserción en la Constitución de un país de preceptores en los que se declaren o establezcan las garantías del gobernado, sería, como lo fué bajo el imperio de diversos ordenamientos constitucionales, insuficiente e ineficaz en la realidad para lograr su verdadera observancia frente al poder público.

El propósito de asegurar los derechos del gobernado, principalmente los que tienen como contenido la libertad humana en sus diversas manifestaciones, estaría destinado a su fatal frustración, sin que concomitantemente a la consagración jurídica de las potestades naturales del hombre, se instituyere un medio para lograr el respeto y cumplimiento a las normas que tal consagración opere".⁶⁴

3.1.5.3.2. Titular de la Garantía de Audiencia

El sujeto titular de la garantía de audiencia es toda aquella persona física o moral; comprendiendo esta última a todas aquellas asociaciones o corporaciones temporales o definitivas fundadas con una finalidad o motivo de utilidad público; a las cuales el derecho les reconoce sus derechos o garantías fundamentales. El Juicio de Amparo es el medio de defensa que

⁶⁴ Sandra Morena Laguardia "La garantía de Audiencia en la doctrina de la Sala de lo Constitucional" (tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Dr. José Matías Delgado, 1987) 10-11

tiene el individuo cuyas garantías han sido violadas, por un acto arbitrario de la autoridad.⁶⁵

3.1.5.3.3. Finalidad de la Garantía de Audiencia

La finalidad de la Garantía de audiencia como categoría jurídico procesal, radica en que toda privación de derechos necesariamente debe ser precedida de un proceso seguido conforme a la ley, que respete su contenido esencial.

Por lo anterior, toda ley que faculta privar de un derecho a una persona, debe establecer las causas para hacerlo y los procedimientos a seguir, porque de lo contrario se estaría infringiendo la Constitución.

La referencia a la ley, que prescribe el inciso primero del art. 11 de la Cn no supone una remisión plena, ilimitada y absoluta a la legislación secundaria pues, a pesar de que el principio de legalidad rige a la actividad estatal, tal principio no hace referencia solo a la legalidad secundaria, sino que se extiende al sistema normativo como unidad, es decir, la legalidad supone respeto al orden jurídico en su totalidad, lo que comprende desde luego a la Cn.

Por consiguiente, la ley no debe de propiciar la excesiva o injustificada reducción de los medios y posibilidades de defensa para el gobernado, es decir, que el trámite diseñado en la ley a efecto de dar cumplimiento al derecho de audiencia, debe cumplir con un mínimo de actividad procesal adecuada; y que la expresión “con arreglo a las leyes” contenida en el art. 11 de la revista de derecho constitucional, publicada por el centro de

⁶⁵Deras, "Eficacia de la garantía de audiencia" 5

jurisprudencia de la CSJ, la Cn no autoriza al Órgano Legislativo a diseñar arbitrariamente los procesos y procedimientos; si no que debe atenerse a los principios constitucionales, creando un proceso justo y razonable, que proteja eficazmente los derechos de la persona humana.

3.1.5.3.4. Efectos de la Garantía de Audiencia

Respecto al alcance de la garantía de audiencia, debe apreciarse a partir de su finalidad como categoría jurídico procesal; y, al respecto, debe tenerse en cuenta que la misma se concibió originalmente para garantizar la libertad como concreción del individualismo, luego se extiende a la propiedad y posesión como derechos constitucionales de máxima jerarquía en el régimen liberal, y en nuestro sistema constitucional se hace extensivo a cualquier otro derecho.

Por lo anterior, como reiterada jurisprudencia constitucional ha señalado, la protección que supone el Art. 11 de la Cn "no admite más excepciones que las que la misma Cn establece expresamente, al facultar a un órgano del Estado a privar a un gobernado de un derecho sin el requisito de previo juicio", como sería para los funcionarios que desempeñan cargos de confianza política, su remoción está suspendida únicamente a la decisión unilateral del Presidente de la República, por atender a criterios eminentemente políticos-partidaristas, a lo cual están sabedores desde la fecha de inicio de sus gestiones.⁶⁶

La garantía de juicio previo se ve vulnerada al no preverse una base para que exista un momento procesal oportuno para que sean escuchadas las

⁶⁶Deras, "Eficacia de la garantía", 77-79

partes al momento de realizarse el procedimiento en que se constituye la declaratoria de abandono y consecuentemente una pérdida de autoridad parental.

Es decir, no está contemplado en la nueva ley una etapa procesal oportuna como en otro tipo de procedimientos en los cuales se necesita que presencialmente las partes comparezcan y sean escuchadas en una audiencia y poder determinar después de ser oídos y vencidos en juicio quien verdaderamente merece la razón.

3.1.5.4. Principio de Contradicción

En derecho procesal, este principio llamado también de bilateralidad o de controversia, deriva de la cláusula constitucional que consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos.

En términos generales, implica la prohibición de que los jueces dicten alguna resolución sin que previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por ella. Sobre esa idea fundamental las leyes procesales estructuran los denominados actos de transmisión o comunicación, como son los traslados, las vistas y las notificaciones⁶⁷.

Couture manifiesta que el principio de bilateralidad de la audiencia consiste en que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su

⁶⁷ Enciclopedia Jurídica, “Principio de Contradicción” (Edición 2014) <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-de-contradicc%C3%B3n/principio-decontradicc%C3%B3n.htm>

consentimiento o formular su oposición⁶⁸.

Así, la Sala de lo Constitucional ha declarado en jurisprudencia: *El artículo 2 de la Constitución consagra el derecho de defensa en juicio. Sobre tal derecho, la jurisprudencia de este Tribunal ha sostenido que la defensa en juicio posibilita, mediante la contradicción, la oportunidad de defender las correspondientes posiciones en todo proceso jurisdiccional, en el que pudiere resultar afectado cualquier derecho o categoría jurídica protegible.*

La defensa en juicio se pone de manifiesto –entre otros– en la libertad probatoria y el derecho de alegar contradictoriamente, lo que potencia su igualdad procesal. Y es que, la contradicción en todo proceso únicamente puede lograrse mediante la posibilidad conferida a las partes de acceder al proceso para poder hacer valer sus pretensiones y resistencias⁶⁹.

Es que la decisión judicial no es fruto de una pura actividad oficiosa del tribunal, sino el resultado del proceso entendido como método pacífico y dialéctico de debate entre partes contrapuestas ante un tercero imparcial: el debate es entre las partes, y el juez reviste la situación de un tercero ajeno que independiente e imparcialmente resolverá el conflicto planteado: la DUDH (que tiene jerarquía constitucional, según el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional reformada en 1994), dispone en su art. 10 que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier

⁶⁸Roberto G. Lotayf Ranea, "Principio de Bilateralidad o Contradicción", Revista la Ley, (2011), 1. <http://www.google.com/sv/saarch?q=principio+de+contradicc%C3%B3n&aq=chromen.69j57j0j69j5912j69j602j0j7&sourcied=chromen&ie=UTF-8#>

⁶⁹Sentencia de la Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 82-2011/43/2014* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2015) <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2010-2019/2015/02/AD560.PDF>

acusación contra ella en materia penal".

Señala Calamandrei que el principio de bilateralidad del proceso no es, en sustancia, sino una consecuencia de la bilateralidad de la acción, que se presenta como una petición que una persona hace al órgano judicial de una providencia destinada a obrar en la esfera jurídica de otra persona; y presupone, por consiguiente, que frente a quien pide la sujeción de otro (actor en el proceso civil; acusador en el proceso penal), se encuentra alguien que debe ser sujetado (demandado en el proceso civil, imputado en el proceso penal), quien, por el principio de contradicción debe ser siempre admitido a hacer valer ante el juez todas las razones de derecho y de hecho que puedan servir para demostrar la falta de fundamento del reclamo de la contraria.

Agrega luego que la estructura "dialéctica", que es propia del proceso, exige que todos los actos realizados por una parte sean llevados a conocimiento de la parte contraria, a fin de que ésta pueda reaccionar oportunamente en defensa propia.

Coincidentemente, Redenti señala que la razón por la cual prescribe la ley la institución del proceso en contradictorio, es la de poner a aquel contra quien se dirige la acción-pretensión, en condiciones de hacer valer ante el juez sus razones y excepciones en sentido contrario⁷⁰.

El principio de contradicción regulado en el art. 4 del CPCM, se ve vulnerado en el art. 30 inc. 5 de la L.E.A porque no establece un momento para que el padre o madre presenten las pruebas que fundamenten los motivos que los

⁷⁰ Loyatyf, "Principio de Bilateralidad".1

llevaron a ausentarse y desvirtuar la acusación de haber abandonado a su hijo sin causa justificada.

Lo anterior se plantea en el caso de que existan pruebas fehacientes que demuestren los motivos latentes por los cuales un padre o madre no estaban presentes en la vida de su hijo al momento de seguirse el procedimiento para declarar el abandono del mismo y que no puedan ejercer los mecanismos necesarios para contradecir y demostrar su inocencia.

3.2. Principio del interés superior del niño/a o adolescente

Es una categoría de difícil definición y que depende de cada situación en concreto según el ámbito que se aplica, para lo cual hay que tener en cuenta los factores subjetivos que rodeen cada situación en concreto y decir así que se busca el desarrollo libre de la personalidad del niño/a o adolescente en base a lo que le conviene.

En el texto de Adam Muñoz-García Cano, se sostiene: “El principal principio informador en todo proceso de adopción internacional que debe guiar tanto a la administración como a las entidades privadas y a los adoptantes es el “superior interés del niño”, es decir que el principio que debe de tomarse en cuenta para cualquier resolución que afecte directa o indirectamente al menor es el ya mencionado “interés superior”, se debe analizar qué es lo más conveniente al menor en cada caso en concreto, ya que no existe una norma básica respecto a cada principio que ayude a resolver cada caso por caso en torno al interés del menor, es por ello que las autoridades están obligadas a siempre buscar, por los medios necesarios, el interés superior

del mismo”⁷¹.

3.2.1. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño como "principio garantista"⁷²

¿Qué es el interés superior del niño? La satisfacción de sus derechos.

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del "interés superior del niño" y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo "interés superior" pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo "declarado derecho"; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser "interés superior".

Desde la vigencia de la Convención se formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no "constituye" soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

⁷¹ Cardoza: *“La Adopción en El Salvador”*, 19 y 20.

⁷², Miguel Cillero Bruñol, *“El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño como principio garantista”*, (Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile) 6. http://surargentina.org.ar/materialinteres/material/09_material_complementario/03_el_interes_superior_del_nino_convencion_sobre_derechos_nino_cille.pdf

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Se entiende de este modo la idea de "principios", la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos.

En consecuencia, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades. Más aún, si en este contexto analizamos el art. 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades: "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 la que se atenderá será el interés superior del niño".

En conclusión, es posible señalar que la disposición del art. 3 de la Convención constituye un "principio" que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente se denomina como "principio", siguiendo a Dworkin, puede ser denominado como, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, "garantía", entendida ésta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos".

3.2.2. Interés Superior Del Niño y el Interés Familiar

En la doctrina francesa se han dado diversas interpretaciones del "interés familiar". Unos sostienen que se refiere al interés global, es decir que corresponde al conjunto de los miembros de la familia; otros por el contrario afirman puede identificarse con el interés de uno de los integrantes de la familia, aun cuando se oponga a la de los otros. En una tercera postura, la noción representa la idea de una síntesis de interés que deben equilibrarse, descartándose la apreciación de intereses categoriales, por ejemplo de la mujer o del niño⁷³.

El interés familiar no define un interés propio de la familia considerada como persona jurídica, sino que representa el interés de los componentes de la

⁷³ Cecilia P. Marta Grosman, Los Derechos del Niño en la Familia, (Editorial. Universidad. Buenos Aires, 1998) 41

familia en una situación de interdependencia dentro de una totalidad. Esto significa que el interés familiar no es la suma de los intereses de los integrantes de la familia, ni tampoco el de un ente distinto, sino que el interés de cada uno de los miembros de la familia, dirigido al mejor funcionamiento de la familia desde el punto de vista personal y patrimonial.

No se trata, pues, que un interés prime sobre otro, sino que es necesario lograr la conjunción dialéctica, en la cual el individuo tome en cuenta no solo sus propias necesidades y anhelos, sino también la satisfacción de los requerimientos de demás integrantes de la familia⁷⁴.

Esta comprensión de la relación entre el interés individual y el interés familiar es aplicable al interés del niño. No es posible concebir una decisión que favorezca y que, al mismo tiempo, perjudique al grupo familiar, como tampoco puede imaginarse una determinación que beneficie a la familia y lesione el buen vivir del niño. Al mismo tiempo que se le debe dar la posibilidad de satisfacer sus necesidades personales, su bienestar no puede ser pensado sin el de los otros.

El principio de interés superior está ligado al principio de subsidiariedad el cual se da cuando las autoridades correspondientes deben investigar todas las posibilidades antes de decidir poner a disposición los menores para adopción⁷⁵.

Asimismo, en el art. 4 del Convenio relativo a la Protección del niño y a la

⁷⁴ Centro de Información Jurídica en Línea, Convenio Colegio de abogados universidad de Costa Rica, Interés Superior de los Menores de Edad en los Procesos de Familia. 1 y 3. File:///C:/Users/PC/Downloads/interes_superior_de_los_menores_de_edad_en_los_procesos_de_familia%20(2).pdf

⁷⁵ Cardoza, "La Adopción en El Salvador", 29.

Cooperación en materia de adopción internacional se regula: “las adopciones consideradas por el Convenio solo pueden tener lugar, cuando las autoridades competentes del Estado de Origen han constatado, después de haber examinado adecuadamente las posibilidades de colocación del niño en su Estado de origen, que una adopción internacional responde al interés del niño”.

Esto se produce al entender un efectivo cumplimiento de interés superior del niño, niña, adolescente y respeto al principio de subsidiariedad que demanda que se agoten las instancias antes de llevar a cabo la colocación en otra familia que no sea la familia de origen al decretarla el abandono definitivamente.

En ese sentido, la relevancia de estos principios, en cuanto a que por cuestiones de celeridad se están agilizando los procedimientos y acortando los plazos en la LEA dejando de lado examinar adecuadamente las opciones de colocación del menor en su familia biológica para que cuiden del desarrollo del menor en la ausencia del padre o madre biológica.

Lo anterior no puede permitirse pues con dicha decisión se esté favoreciendo y perjudicando al mismo tiempo, por lo que para evitar esta confrontación de intereses se deberá buscar en el seno de la familia biológica un acogimiento del niño o más aun el paradero de los padres del mismo, por ser ellos quienes puedan brindarle un desarrollo pleno que es lo que busca el principio del interés superior del niño/niña o adolescente, en el entendido que para poder garantizar el mismo se deberá no solo buscar agilizar el trámite, sino que efectivamente se le brinde la oportunidad de conocer y/o habitar con sus padres biológicos.

El art. 32 de la Cn. de la República de El Salvador establece que la Familia es la base fundamental del Estado, y el art. 34 de la disposición antes citada establece que “Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado”.

Sin embargo, el procedimiento establecido en la LEA en su art. 30, no prevé la búsqueda de la familia extensa del niño, niña o adolescente, simplemente la búsqueda del padre o madre biológicos, en un plazo corto en el cual se vuelve imposible realizar una investigación adecuada del paradero de los mismos, y una vez finalizado dicho plazo el cual consta de quince días, el niño, niña o adolescente es declarado en abandono.

Éste plazo para la búsqueda de los padres biológicos, es demasiado corto, y genera un perjuicio para el niño, niña o adolescente, pues no se realiza la investigación de la manera correcta, ni se utilizan los medios más idóneos, eficaces y conducentes, además, se descarta la búsqueda de la familia a la cual pertenece, pues una vez terminado el plazo se continua con el procedimiento sin la intervención de estos.

3.3. Principio de Desjudialización

Con el principio de desjudialización se le da respuesta a una tendencia cada vez más generalizada en los países que tratan el tema la cual se ha basado en un reconocimiento a la actuación de las actividades administrativas en cuanto a la promoción de acciones y medidas en la observación de los principios rectores de la adopción y por la facilidad de su implementación y en alguna medida, pareciera inclinarse a hacer ese el espíritu del convenio de la haya.

A propósito de la desjudicialización y de lo planteado del convenio de la Haya, Iriarte Ángel, ha escrito "Que el convenio descarga un plus de responsabilidad sobre la autoridad central del país de origen del niño (por ejemplo en los arts. 16 y 17) como no podía ser de ese modo, pues si el objetivo prioritario del interés superior, ello exige a las autoridades de ese Estado una maximación de las cautelas, resultando casi un abogado del adoptado. Siendo la finalidad última de esta actividad la creación de un Estado, el de filiación adoptiva, las funciones de las autoridades centrales discurren dentro de un marco de responsabilidad jurídica y no judicial.

En El Salvador, no hay duda, prevalece el proceso administrativo, ya que en esa etapa, se toman las decisiones más importantes tanto en lo relativo a los futuros padres adoptivos, como cuando en cuanto a la adaptabilidad y a la asignación del menor, los primeros consentimientos hechos por los padres biológicos, las investigaciones de los mismos y sus implicaciones, al final en el proceso judicial, aunque igualmente importante, se hace una revisión exhaustiva de todo lo actuado, en la fase administrativa.

La Ley Especial de Adopciones en su art. 30, establece que la institución encargada de tomar la decisión para que el niño sea declarado en abandono es de la PGR, y no un juez como anteriormente se había establecido.

La Procuraduría General República es una institución administrativa, a la cual se le ha facultado para que pueda alegar la declaratoria de abandono una vez que se haya seguido con el procedimiento establecido en la ley antes mencionada, sin embargo, esto es como permitir a la PGR resolver acerca de la situación del niño, niña o adolescente.

Lo anterior en el sentido de que la PGR alega ante el juez el abandono sin

causa justificada para que este no tenga más que resolver a favor del niño, declarando el mismo, y posteriormente la adopción.

Por lo tanto, la potestad de un juez al resolver sobre una situación en relación al niño, niña o adolescente, se vuelve necesaria, siendo que es la autoridad a la que le corresponde decidir sobre el destino del niño, sin embargo, la ley otorga esta facultad a la PGR para realizar la búsqueda pertinente y recabar la información necesaria, la cual es de carácter decisivo pues es la que fundamenta la decisión del juez para dictar la sentencia de pérdida de autoridad parental y creándose un desequilibrio. Dicha potestad ha generado la vulneración al debido proceso, pues no se han establecido plazos adecuados, ni búsquedas eficaces, así como tampoco se ha previsto una alternativa si se presenta una controversia en relación al niño que está siendo declarado en abandono.

CAPÍTULO IV
MEDIOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
VULNERADOS EN LA DECLARATORIA DE ABANDONO SEGÚN LA LEY
ESPECIAL DE ADOPCIONES

El presente capítulo tiene como propósito plantear la solución ante la problemática desarrollada en la investigación, como lo es la vulneración al debido proceso en la declaratoria de abandono según la Ley Especial de Adopciones, y ante lo cual se detalla cómo el proceso de amparo es el mecanismo eficaz ante la protección de la gama de derechos que le asisten a toda persona reconocidos Constitucionalmente, y a la vez presentar los casos prácticos en los cuales puede existir dicha situación.

4.1. El Proceso de Amparo

4.1.1. Fuentes normativas reguladoras del proceso de amparo

Según el art. 247 de la Constitución salvadoreña, “toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la CSJ por violación de los derechos que otorga la presente Cn”; el 174 prescribe que “la CSJ tendrá una Sala de lo Constitucional a la cual corresponderá conocer y resolver los procesos de amparo.”

Por su parte, el art. 1 de la LPRCN prescribe que “son procesos constitucionales, los siguientes: 2) el amparo”; su art. 3 prescribe que: “toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación de los derechos que le otorga la

Constitución". El procedimiento del amparo es desarrollado por esta ley de sus arts. 12 al 37.

4.1.2. Derechos protegidos por medio del proceso de amparo

La Constitución salvadoreña de 1983, en su art. 247, inc. 1o., determina los derechos protegible por el amparo al señalar que "toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la CSJ por violación de los derechos que otorga la presente Constitución".

En la misma dirección, la LPRCN, en sus arts. 3o. y 12, determina los derechos protegibles por el amparo, al reiterar que toda "persona puede pedir amparo ante la SCCSJ, por violación de los derechos que le otorga la Constitución".

Existe una lista abierta de derechos protegibles a través del amparo, ya que a pesar de que existe una limitación de tipo formal "los derechos que otorga la presente Cn", la misma sólo arroja los elementos necesarios para establecer un mínimo, no así para elaborar una lista definitiva que comprenda todos los derechos susceptibles de tutela mediante este proceso constitucional, la cual se ha ido complementando a medida en que se determinan cuáles son los derechos que reconoce la Cn, y además se fija el contenido de los mismos.

En virtud de las graves dificultades interpretativas que se presentan, una de las áreas del amparo que ha impedido elaborar una visión de conjunto o si se prefiere, mantener inacabada su construcción teórica, es la concerniente a la determinación del ámbito de derechos protegidos, incluso en sistemas en los que existe una disposición constitucional que se encarga de acotar los

derechos tutelables por el mismo.⁷⁶

Según ha sostenido la Sala en su jurisprudencia desde una Sentencia de 5-II-1996, pronunciada en el proceso de Amp. 22-A-94, el objeto protegido por el amparo son las “*categorías subjetivas integrantes de la esfera jurídica individual*”, es decir, los derechos fundamentales. El mismo tribunal ha especificado que tales derechos no necesariamente son aquellos que responden a la estructura clásica de los derechos subjetivos, sino que incluyen algo más.

Estos derechos no necesariamente deben estar en la llamada “parte dogmática” de la Cn (lo que sería el Título II); sino que se extiende también a los contenidos en los otros títulos. Ejemplos de ello puede ser el derecho, o mejor aún, la garantía de “pronta y cumplida justicia”, contenida en el art. 182 Ord. 5º –entre las competencias de la CSJ– o el derecho a la estabilidad laboral, contenido en el art. 219 Cn., contenido en un título distinto al que contiene los derechos y garantías fundamentales de la persona.

Es por lo anterior que al determinarse que efectivamente exista una vulneración a la gama de derechos y garantías establecidas en el capítulo anterior como lo son: Debido proceso, Interés Superior, Subsidiariedad y Derecho de Defensa; se estará en el capacidad de exigir la protección de los mismos bajo el precepto constitucional que lo respalda, dando lugar así a un proceso de amparo.

En virtud de eso, se hará un análisis de las resoluciones emanadas de la Sala de lo Constitucional que de alguna manera han contribuido a definir el

⁷⁶ Luis María Díez Picazo, “*Dificultades Prácticas y Significado Constitucional del Recurso de Amparo*”, Revista Española de Derecho Constitucional: centro de estudios constitucionales, Madrid, no.40, (1994):19, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100007

ámbito de derechos protegibles por el amparo, así como de las vías utilizadas, en algunos casos, para ensancharlo.

4.1.3. Ámbito protegido por el amparo según la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional

4.1.3.1. Extensión del ámbito material protegido o bien litigioso vía jurisprudencia

Inicialmente, la jurisprudencia constitucional se limitó a reproducir el ámbito de derechos protegibles establecido en la Cn y en la LPRCN, al señalar reiteradamente "que mediante el proceso de amparo se persigue la protección, en sede constitucional, de los derechos que la Cn otorga".

Se trataba, por tanto, de una delimitación meramente formal del objeto de protección del amparo, ya que el criterio empleado se basaba en la calificación de "derecho" efectuada por la Cn, es decir, en la simple denominación constitucional, la cual en algunos casos es impropia.

En ese sentido, se puede afirmar, que era un criterio que hacía coincidir el objeto de protección con todas las situaciones jurídicas que formalmente fueran denominadas "derecho" en la Cn. Sin embargo, a través de una sentencia pronunciada en febrero de 1996, la Sala de lo Constitucional empieza a delimitar los alcances de la expresión "*derechos*" contenida en los arts. 247 de la Cn y 12 de la LPRCN, labor que realiza a partir del análisis de la "utilización de dicho término, no sólo en la disposición en cuestión, sino también en el resto del texto fundamental".

A su vez destaca que las diversas realidades jurídicas que la Constitución califica como "derecho" no coinciden con la misma, y es que los derechos

subjetivos, en su contenido técnico común, configuran un campo limitado de acción; excluyendo de su ámbito una serie de situaciones o realidades jurídicas, las cuales, precisamente, han sido llamadas "derechos" por el legislador constituyente.

En virtud de lo anterior, señala la citada sentencia, la expresión "derecho" en la Cn "equivale" a categorías subjetivas protegidas por el ordenamiento jurídico que no se limitan a derechos subjetivos. Dicho de otra forma, el vocablo 'derecho' en la Cn no sólo comprende la categoría técnico jurídica de derechos subjetivos, sino que agrupa a varias otras".

La sentencia concluye con que dichas categorías jurídicas constituyen "el ámbito mínimo de aplicación que la misma Cn ordena del art. 247. Por lo tanto, el instrumento procesal del amparo procede contra todo acto de autoridad que vulnere cualquiera de las categorías subjetivas protegidas por la Cn.

A consecuencia de la sentencia relacionada se produce un ensanchamiento del objeto de protección del amparo, en este caso mediante la interpretación de la disposición constitucional que lo fijaba formalmente, ya que partir de este momento son tutelables, mediante el amparo, tanto aquellos que verdaderamente constituyen derechos y que así les llama la Cn, como las categorías jurídicas subjetivas reconocidas en la Cn, independientemente de su denominación.

Por lo que se pasa de un ámbito de protección integrado por verdaderos derechos y por categorías jurídicas, también denominadas derechos, a otro integrado por los verdaderos derechos y por todas las categorías jurídicas subjetivas reconocidas en la Cn, incluso aquellas que no fueran designadas

como tal por ésta.

Ahora bien, a pesar de que el ámbito de protección del amparo no se ha modificado formalmente, la jurisprudencia constitucional para referirse al mismo ya no utiliza la expresión "derechos que otorga la Cn", sino que expresamente señala que el amparo "pretende brindar una protección reforzada de los derechos y categorías jurídico–subjetivas de relevancia constitucional consagradas a favor de los gobernados".

4.1.3.2. Extensión del Contenido de los Derechos Protegibles por el Amparo

Una de las vías mediante la cual se ha ensanchado el ámbito de derechos protegibles por el amparo en El Salvador es la interpretación, por la Sala de lo Constitucional, de las disposiciones constitucionales que reconocen derechos protegibles por dicho proceso constitucional. A través de este medio, denominado también fuerza expansiva de algunos derechos fundamentales, "otros derechos ubicados "extramuros" del ámbito tutelado, pero inescindiblemente imbricados con ellos, se han considerado susceptibles de amparo constitucional.

Precisamente, la disposición que reconoce el derecho de petición ha sido reiteradamente interpretada por la Sala de lo Constitucional, y a consecuencia de la misma se ha producido una ampliación o extensión del contenido de tal derecho.

Al respecto, el art. 18 de la Cn. establece: "Toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan, y a que se le haga saber lo

resuelto".

A partir de la configuración constitucional de tal derecho, la Sala de lo Constitucional consideró incorporado dentro del mismo a otros derechos, los cuales a partir de ese momento podían ser invocables en un proceso de amparo. Así, en primer lugar, encontramos el derecho a que la respuesta sea motivada, ya que ésta no puede limitarse a dar constancia de haberse recibido la petición y a rechazar o aceptar lo pedido sin precederle razonamiento o motivación, sino que debe ser racionalmente motivada, esto es, deben de exponerse en ella ampliamente las razones justificativas de la misma; razones o fundamentos legales y objetivos que legitimen la decisión.

En segundo lugar, el derecho a que la respuesta sea congruente con la petición, "puesto que resulta igualmente violatorio del derecho constitucional de petición cuando la respuesta producida por la autoridad es incongruente respecto a lo requerido, y, en tercer lugar, el derecho a que la resolución se produzca "dentro de un plazo razonable".

El derecho a la protección jurisdiccional también ha sido interpretado por la Sala de lo Constitucional, y, como resultado, el contenido de tal derecho se ha ensanchado, ya que han incorporado dentro del mismo, otros que a primera vista no serían tutelables a través del amparo.

Al respecto, el art. 2º de la Cn establece: "Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos".

Este derecho ha sido denominado por la jurisprudencia constitucional como "derecho a la protección", la cual puede ser tanto jurisdiccional como no jurisdiccional. En relación con la protección jurisdiccional, la Sala de lo

Constitucional ha señalado que la finalidad de tal derecho es darle efectividad a todas la categoría subjetivas integrantes de la esfera jurídica del individuo, al poder válidamente reclamar frente a actos de particulares y estatales que atenten contra la conservación, mantenimiento, defensa y titularidad de tales categorías, a través el proceso jurisdiccional en todas sus instancias y en todos sus grados de conocimiento.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha establecido que este derecho a la protección no se satisface con la mera tramitación de un proceso, sino que el mismo debe contener una serie de garantías mínimas, entre las que cabe mencionar que la resolución tiene que ser congruente y motivada, y el derecho a hacer uso de los recursos siempre y cuando estén legalmente previstos.

Este apartado se refiere únicamente a la congruencia y motivación de las resoluciones, no así al derecho a hacer uso de los recursos legalmente previstos, el cual será analizado en la parte relativa a los derechos de configuración legal.

La incorporación de la congruencia y motivación de las resoluciones judiciales en el contenido del derecho a la protección jurisdiccional ha ensanchado el ámbito material de protección del amparo, ya que ha posibilitado que mediante el mismo se planteen pretensiones en las que se alegue violación a tal derecho, en razón de que una determinada resolución pronunciada en un proceso, en cualquiera de sus instancias o grados de conocimiento, no sea congruente o no esté motivada.⁷⁷

⁷⁷En relación con la incorporación de la congruencia dentro del contenido al derecho a la protección, la Sala de lo Constitucional ha expresado que este derecho comprende, entre otros aspectos, el "obtener una resolución o sentencia debidamente fundamentada en Derecho que ponga fin al proceso. Si bien no implica necesariamente una contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes, sí es importante que exista ajuste entre el fallo y las peticiones de las partes, de manera que dicha decisión sea congruente". Sala de lo Constitucional. *Sentencia de Amparo, Referencia: 627-2000*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 7 de mayo de 2002)

Cabe señalar que el desarrollo jurisprudencial sobre este derecho es relativamente nuevo, ya que se inicia con claridad en 1999, lo cual no implica que algunas de las garantías que se consideran incorporadas dentro del mismo no hayan sido tuteladas con anterioridad mediante otro derecho.

Justamente, en el caso concreto de la congruencia y la motivación de las resoluciones judiciales, encontramos una gran variedad de amparos en los que se alegaba la violación de éstas a través del derecho de petición, sin embargo, a consecuencia de la jurisprudencia derivada de la interpretación del art. 2º de la Cn, se han diferenciado dos supuestos. En primer lugar, en el que la infracción a la congruencia y motivación es provocada por una resolución administrativa, caso en el cual, la vía continúa siendo el derecho de petición, y, en segundo lugar, aquél en el que la violación la ocasiona una resolución judicial, hipótesis en la cual la vía será el derecho a la protección jurisdiccional

4.1.3.3. Derechos de naturaleza instrumental

Los derechos de naturaleza instrumental constituyen otra de las vías para ampliar el ámbito de derechos protegibles por el amparo, ya que a partir de la relación de éstos con un derecho que no forma parte de dicho ámbito es posible la tutela de este último.

El derecho de audiencia es, en la jurisprudencia constitucional salvadoreña, el derecho instrumental por excelencia, lo cual se ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones por la misma, al señalar que "es una categoría estrechamente vinculada con el resto de derechos tutelables a través del amparo".

Al respecto, el art.11, inc. 1o., de la Cn. establece: "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes".

A la jurisprudencia constitucional, en relación con este derecho, podemos calificarla de variada, e incluso en algunos momentos contradictoria, hasta el punto de que alguien lo consideró expresamente sinónimo de debido proceso, o en otros casos como categoría que englobaba algunos derechos como el de juez natural, o a hacer uso de los recursos legalmente previstos.

No obstante eso, en la actualidad, muchos aspectos un tanto discutibles, han sido superado lo cual ha generado jurisprudencia bastante estable al respecto, de la cual se destaca aquella que señala que el derecho de audiencia no es un derecho autónomo, ya que para los efectos de un amparo se vuelve indispensable vincularlo con otro derecho o categoría jurídica material; en ese sentido, no es posible incoar un amparo dirigido únicamente a proteger las formas procesales, a mantener el respeto del procedimiento sin alegar la afectación a otro derecho, concretamente, el derecho que el actor considera le ha sido privado a consecuencia de la falta de audiencia o de los vicios del proceso o procedimiento.

Así lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia constitucional al señalar que "el derecho de audiencia no es un derecho autónomo, ya que el mismo puede ser alegado para fines del proceso de amparo presuponiendo la existencia de otro derecho de rango constitucional o categoría jurídica subjetiva protegible susceptible de ser violada⁷⁸".

⁷⁸ Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 380-99*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 12 de febrero de 2001).

En virtud de eso, la alegación de un derecho o categoría jurídica subjetiva protegible de naturaleza material, junto con el derecho de audiencia, se vuelve un requisito indispensable para admitir la demanda de amparo, el cual puede ser suplido por el tribunal en los casos en que se deduce de la relación de los hechos.

Debido a la amplitud, por un lado, de la formulación constitucional del art. 11, inc. 1o., concretamente en lo relativo a los derechos susceptibles de vincularse con el amparo "ni de cualquier otro de sus derechos", y, por otro lado, de la interpretación de la expresión "derechos" que hizo la Sala de lo Constitucional, los derechos o categorías jurídicas materiales que en las demandas de amparo son susceptibles de ser vinculados con el derecho de audiencia son de todo tipo.

En algunas ocasiones se alegan derechos que expresamente se encuentran reconocidos en la Cn, como, por ejemplo, los de propiedad, posesión y estabilidad laboral, y, en otras, derechos o categorías que si bien tienen su razón última en la Cn, su reconocimiento y regulación se encuentra en la legislación secundaria, como son los derechos a la mera tenencia, libertad empresarial, a investigar la paternidad y a la educación policial.

Los derechos últimamente relacionados son casos en los que el objeto protegible no se encuentra expresamente reconocido en la Cn, pero que en virtud de que han sido alegados como vulnerados, a consecuencia de la falta de audiencia, la Sala de lo Constitucional ha admitido las demandas y se ha pronunciado sobre el objeto del proceso.⁷⁹

⁷⁹ *Ibidem*.

4.1.4. Finalidad del proceso de amparo⁸⁰

El Proceso de Amparo tiene dos finalidades.

4.1.4.1. Finalidad subjetiva

Desde una perspectiva subjetiva, consiste en otorgar una protección reforzada de los derechos constitucionales, frente a actos u omisiones de autoridades públicas o particulares que los violen, restrinjan u obstaculicen su ejercicio (Amparo 114-2001, resolución de 18-IV-2001). Aquí se está atendiendo al interés particular del demandante, que lo ha legitimado para pedir el amparo.

Se trata, por tanto, de un mecanismo de protección con una evidente finalidad o dimensión subjetiva, dirigida a la protección de los derechos de la persona, que se proyecta, en el caso concreto, en la alegación por parte del actor de que un acto de autoridad o particular, según el caso, le genera un agravio que vulnera sus derechos o categorías jurídicas protegibles por el amparo, y no en la conservación de la pureza y correcta aplicación del sistema normativo.⁸¹

La incorporación de esta dimensión subjetiva en el diseño del amparo salvadoreño ha producido importantes consecuencias, especialmente al momento en el que el tribunal ha definido, vía jurisprudencia, los supuestos de procedencia de este mecanismo de protección.

⁸⁰Rodolfo Ernesto González Bonilla, Magistrado de la Sala de lo Constitucional. “*Procesos Constitucionales de Protección de los Derechos Fundamentales*” (República de El Salvador, 2013), 2. <https://www.cijc.org/actividades/CartagenaIndias2013/Ponencias/El%20SalvadorProcesos%20constitucionales%20d%20protecci%C3%B3n.pdf>

⁸¹ Díez, “*Dificultades Prácticas*”, 30.

En una primera dirección, la existencia de un agravio constituye uno de los elementos que determina la procedencia del amparo, pues, tal como lo expone el tribunal, "el amparo es un proceso que ha sido estructurado para la protección reforzada de los derechos constitucionalmente reconocidos, cuya promoción exige la existencia de un agravio", el cual debe ser actual o futuro inminente, no remoto, pues el amparo no protege "hechos inciertos, eventuales, y cuya producción si llegara a ocurrir caería dentro del área de lo incierto y sus efectos serían totalmente aproximados, ya que no posee ningún tipo de conexión íntima, ni sólida con el presente".

En esta misma dirección, la LPRCN, en el inc. 3º del art. 12, y la jurisprudencia constitucional han expresado constantemente que el amparo es un mecanismo de tutela que no pretende sustituir al proceso ordinario, que es una "vía supletoria o subsidiaria en la reclamación de un derecho ante la imposibilidad de remediar o recomponer una situación por las vías ordinarias" es decir "cuando fallan los mecanismos ordinarios de protección jurisdiccionales o administrativos, esto es, cuando éstos no cumplen con la finalidad de preservar los derechos o categorías reseñadas".⁸²

En una segunda dirección, al sustentarse el amparo exclusivamente en la alegación por parte de una persona a la que se le ha vulnerado uno de los derechos o categorías protegibles mediante el mismo, queda excluido el denominado contra-amparo; es decir, aquel amparo promovido por quien invoque "que se ha reconocido el derecho que no se contiene en la norma", sin alegar un agravio o que se ha producido la afectación a sus derechos o categorías.

⁸²Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo, Referencia: 108-2001*, (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 19 de abril de 2001.)

Al ser el elemento subjetivo esencial en el amparo, el actor sólo puede atacar, mediante el mismo, un acto que le ocasione un agravio constitucionalmente relevante, que afecte algún derecho o categoría protegida por este proceso constitucional; por tanto, se vuelve indispensable la conexión de éste con un acto concreto de autoridad o particulares, cuando se haya producido una afectación sobre el mismo.

Ello es así, porque el Tribunal Constitucional no tiene, a través del proceso de amparo, el monopolio de la interpretación de los derechos fundamentales, pues el recurso de amparo no puede operar como un recurso "en interés del derecho de los derechos fundamentales" (contra-amparo). Antes bien, al Tribunal sólo corresponde el "monopolio de la vulneración".

Donde no hay violación de derechos no hay acción de amparo y, por ello mismo, cuando un derecho fundamental es incorrectamente interpretado pero no lesionado, el único "Tribunal Supremo" es el propio Tribunal Supremo mediante el recurso de casación.

La "supremacía" del Tribunal Constitucional en la jurisdicción de los derechos fundamentales queda constitucionalmente circunscrita al "monopolio declarativo de su vulneración".⁸³

Por tanto, para que proceda el amparo en estos supuestos se vuelve indispensable, en primer lugar, la existencia de un acto o resolución que realice una lectura "extensiva" del contenido constitucional de uno de los derechos o categorías tutelables por este cauce procesal, y, en segundo lugar, que dicho acto o resolución vulnere alguno de tales derechos o

⁸³Manuel Montecino Giralt, *"El amparo en El Salvador finalidad y derechos protegibles"* lusversión 1870-2147, volumen 5, 27(2011) 239

categorías a la contraparte. Precisamente, con la concurrencia de estos elementos se completa el binomio acto–lesión de derecho o categoría, indispensables para la procedencia del amparo.⁸⁴

4.1.4.2. Finalidad Objetiva

Desde una perspectiva objetiva, consiste en interpretar la Cn, lo cual se convierte en un criterio vinculante para los restantes poderes públicos y ciudadanos, en general. Esta perspectiva trasciende, obviamente, los efectos del caso concreto, la esfera jurídica del demandante. Dicho en otras palabras, además de proteger sus derechos en concreto, el demandante obtiene un pronunciamiento que beneficia a la colectividad, en cuanto contribuye a perfilar el contenido de los derechos.

4.1.5. Actos impugnables en el proceso de amparo⁸⁵

Los tipos de actos que se pueden impugnar en el proceso de amparo son los siguientes.

- a) Leyes autoaplicativas: aunque no está previsto en la vigente LPRCN., la jurisprudencia constitucional lo ha aceptado como un tipo de amparo (por ejemplo, Amp. 223-98, Sentencia de 23-X-1999; Amp. 192-99, Sentencia de 30-IV-2001). Se requiere a aquellas leyes que por su sola promulgación, y sin necesidad de un acto aplicativo, jurisdiccional o administrativo, produce vulneración a los derechos de una persona.

- b) Actos jurisdiccionales: ya el art. 12 inc. 2º de la vigente LPRCN.

⁸⁴ *Ibíd*em , 146

⁸⁵ *Ibíd*em, 3.

acepta la posibilidad que la Sala de lo Contencioso-Administrativo sea demandada en amparo; pero la jurisprudencia constitucional ha admitido también demandas contra la Sala de lo Civil (p. ej., procesos de Amp. 11-S-94, 22-M-94, 11-B-96), la Sala de lo Penal (p. ej., Amp. 61-2000) e incluso de la CSJ (p. ej., procesos de Amp. 10-F-94, 8-P-95 y 66-M-94). Por supuesto, también pueden plantearse demandas contra las decisiones jurisdiccionales de cualquier Cámara de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia o Jueces de Paz.

- c) Actos administrativos: Por el vínculo que tienen la Administración Pública y los entes descentralizados funcionalmente (autónomas) y territorialmente (municipios) con la Cn, según lo prescribe su Art. 86 inc. 3°.

Es necesario enfatizar que este tipo de actos tienen especial relevancia en el estudio de la declaratoria de abandono según la LEA puesto que los actos administrativos que dan lugar a que se decrete la misma están vulnerando derechos de los padres biológicos del niño, niña, o adolescente en cuestión al no permitirle el debido proceso respectivo y la gama de derechos que este engloba.

- d) Leyes heteroaplicativas: este procede contra “aquellos actos de aplicación de una disposición general que, siendo lesiva de derechos consagrados en la Cn, requiere necesariamente –para que la ley pueda efectivizarse– de un acto de aplicación posterior, por parte de alguna autoridad, para producir consecuencias jurídicas” (por ejemplo, Amp. 4-N-93, Sentencia de 24-XI-1995, y Amp. 456-2000, resolución de 4-I-2001). Aquí se debe impugnar tanto el acto de aplicación como la ley que le sirve de basamento.

e) Actos de particulares: tampoco está previsto en la presente ley, pero ha sido configurado por la jurisprudencia constitucional (p. ej., Amp. 258-2000, resolución de 22-VI-2000). Para que este tipo de amparo proceda, la jurisprudencia ha determinado la exigencia de los siguientes requisitos: (a) que el particular responsable se encuentre en una situación de supra-subordinación con el afectado; (b) que el derecho fundamental o categoría subjetiva invocada sea exigible u oponible al particular demandado; (c) que no existan mecanismos jurisdiccionales o administrativos que puedan reparar la violación (Amp. 147-2005, Improcedencia de 16-III-2005).

El proceso de amparo es la última instancia a la que un padre o madre de familia pueden recurrir una vez que se ha declarado el abandono, alegando una causa justificada por la cual haya existido el abandono al niño, niña o adolescente, asimismo argumentando la inconformidad con el procedimiento mediante el cual se declaró el abandono, pues se habrá vulnerado el debido proceso.

4.2. Supuestos de casos sobre abandono de un niño, niña o adolescente en donde los padres biológicos hayan tenido la necesidad de ausentarse y tengan que probar que con causa justificada dejaron a sus hijos

4.2.1. Es el caso que una madre que asiste de emergencia a dar a luz a su hijo en un centro hospitalario en el cual le atienden y luego del parto la madre se ausenta sin lugar a reconocimiento del hijo ni de registrar personales ni alguna dirección de la misma. Las autoridades del centro hospitalario dan aviso a la PNC y demás entidades que se

encargan de cuidar de los niños en este tipo de situaciones y este recién nacido es declarado en abandono injustificado y posteriormente es dado en adopción.

Han transcurrido tres años y la referida madre aparece deseando recuperar a su hijo alegando que su ausencia no fue por irresponsable de sus cuidados de madre, si no por haber tenido la necesidad de escapar por amenazas de grupos delincuenciales y que decidió dejar a su hijo en un lugar seguro mientras ella lograba escapar y en cuanto logro encontrarse a salvo regresa para ejercer sus derechos sobre su hijo pero se encuentra que se siguió un proceso para declarar en abandono injustificado al niño cuando no se le localizo a esta para poder efectuar su defensa y explicar lo sucedido.

En el anterior caso planteado al no permitirle a la madre demostrar el porqué de su ausencia por medio de las pruebas que así considere pertinentes, tales como el documento en el que conste el asilo político otorgado, escritos dirigidos hacia su persona de parte de las padillas en los cuales consten todo tipo de amenazas de muerte, acosos vía llamadas telefónicas y mensajes de texto que ayuden a comprobar dicha circunstancia, se consideran sus derechos en cuanto los elementos del debido proceso descritos anteriormente y consecuentemente el principio de presunción de inocencia, siendo así objeto para perseguirse a través de un proceso de amparo.

4.2.2. Puede ocurrir que uno de los padres se encuentre en el extranjero, y el otro en El Salvador junto a su hijo. Sin embargo, por enfermedad la madre y el padre en el extranjero desconoce de la existencia de su hijo, el cual ha sido declarado en abandono, y posteriormente dado en adopción. Después de un tiempo el padre vuelve a El Salvador y se

entera que tiene un hijo que ha sido dado en adopción, por lo que busca la manera de recuperar a su hijo y llevarlo con él.

En esta situación el padre debe probar que desconocía la existencia de su hijo, así como demostrar que cuenta con las capacidades económicas suficientes para mantenerlo, además de que se generó una vulneración a sus derechos fundamentales establecidos en la Cn, por no haber sido notificado oportunamente. Entonces se interpondría un amparo por vulnerarse el debido proceso, derecho de defensa, y principio de contradicción, y por la situación arriba mencionada.

4.2.3. Juan es el padre de Javier, ambos forman una familia, los dos han sobrevivido en un segmento de adversidades de índole económico, sociales entre otras, Pedro le ofrece a Juan una alternativa para poder mejorar sus condiciones económicas, que le ayudaran a darle mejor estilo de vida a Javier, dicha alternativa es viajar a los Estados Unidos, pero Juan no puede comentarle a su hijo que viajara, ya que es una decisión muy difícil, lo que implicaría abandonarlo, pensando que al llegar a su destino se comunicaría con su hijo Javier.

Rocío que es la vecina de Juan al darse cuenta de la situación de Javier, interpone la denuncia a la PGR, aduciendo que el menor se encuentra en estado de abandono, puesto que el padre lo ha dejado desprotegido, razón por la cual se inicia el procedimiento de declaratoria de abandono que establece el art. 30 de la LEA

Finalizado este procedimiento Juan regresa a El Salvador en busca de su hijo, puesto que las dificultades en el camino son muy difíciles que le impidieron llegar a los Estados Unidos, y cuando llega a su lugar de

residencia en busca de su hijo Javier, sorprendido al no encontrarlo, haciendo inmediatamente las investigaciones necesarias para dar con el paradero de su hijo, constatando que su hijo ya forma parte de otra familia, Juan no logra comprender la razón puesto que el en ningún momento lo ha dejado desamparado, ya que en el tiempo de su ausencia su madre cuidaría al menor, mientras él se estabilizaba económicamente en los Estados Unidos.

Por lo que está inconforme y desea recuperar a su hijo Javier ante tal circunstancia ¿qué posibilidades tendría Juan para recuperar a su hijo?, y ¿cuál sería el procedimiento que el debería diligenciar?

Pedro debe iniciar un proceso de amparo, puntualizando cada uno de sus derechos que se ven vulnerados, siendo estos el derecho de audiencia y de defensa, igualdad, puesto que con el procedimiento que regula la Ley Especial de Adopciones, no le da la posibilidad de ejercer los derechos antes mencionados debido a que el abandono del menor Javier se presume que ha sido injustificado, en el sentido que no regula posibilidades el padre pueda alegar como sería una causa justificada de abandono.

CAPÍTULO V

PRESENTACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

El propósito para la elaboración del presente capítulo es exponer los resultados de las entrevistas realizadas a los profesionales en Derecho de Familia por la importancia de sus opiniones ya que, pueden ayudar a visualizar desde una mejor perspectiva la problemática en debate, así como la importancia de las opiniones de los referidos profesionales, así como presentar las consideraciones que como grupo de investigación hemos realizado a las interrogantes realizadas a los entrevistados.

5.1. Entrevista a Licenciada Alejandra Cerna. Directora de la Oficina Para Adopciones

La Declaratoria de Abandono prejudicial conforme la Ley Especial de Adopciones y la vulneración al debido proceso

El Art. 30 de la Ley Especial de Adopciones, publicado en el Diario Oficial contempla una situación que quiso retomar el derecho comparado, la declaratoria de abandono, la cual es considerada de carácter judicial en otros países, y que, en El Salvador se pretendía se llevara en sede administrativa por medio de la PGR a través de la documentación y colaboración de las instituciones intervinientes, razón por la que quedó plasmado como un requisito a seguir antes de iniciar un proceso de pérdida autoridad parental, ante lo cual se puede llegar a dar que los jueces a criterio propio puedan exigir ese agotamiento de las diligencias previas a iniciar el proceso de

pérdida de autoridad parental y por eso hay situaciones que quedan inconclusas porque la Ley retoma estos requisitos y a la vez como que se desvinculara de una declaratoria de abandono prejudicial.

Se debió agotar las diligencias de búsqueda del paradero de los padres biológicos, respetando los derechos y principios constitucionales en el procedimiento de declaratoria de abandono. A lo anterior se suma que el art.239 del CF al establecer las formas de extinción de la autoridad parental, por la muerte real o presunta de los padres o la de los hijos, por la adopción del hijo, si al final se ha hecho un proceso de adopción que respete los derechos y principio constitucionales, no tiene sentido seguir una pérdida de autoridad parental si es un derecho que después se va a extinguir respecto del hijo.

Actualmente, se les da la oportunidad a los padres para que intervengan dentro del procedimiento, pero en las audiencias de pérdida de autoridad parental.

Otra de las inconformidades con el procedimiento que plantea el art. 30 de la mencionada Ley, es el costo de los edictos que se tienen que publicar para dar con el paradero del padre o madre biológico, el cual es demasiado alto; en ese sentido, sino se cuenta con el presupuesto para la creación de la oficina para adopciones, no se pueden realizar los edictos, así como no se puede trasladar a los posibles padres adoptivos solicitantes, debido a que son desconocidos por estar aún en la etapa preliminar de consentimiento.

Para llevar a cabo el procedimiento que plantea la Ley se tendrá que realizar cartas de entendimiento con las instituciones que deberán intervenir, con el objetivo de acotar el tiempo para remitir esa información, siendo con esos

mecanismos con los que se efectuó la búsqueda, y se recabe la información a través de acercamientos de las jefaturas, con el fin de crear referencias que permitan facilitar la labor, dándole preponderancia al principio de prioridad absoluta del niño, niña o adolescente.

Conforme la Ley Especial de Adopciones, ¿qué mecanismos pudiera utilizar el padre, en el caso que desee recuperar a su hijo/a, quien estuviera siguiendo un procedimiento de declaratoria de abandono? El padre deberá de presentarse mientras se realiza el procedimiento, y éste es el objetivo de los edictos y oficios, que los padres biológicos se presenten y argumenten para recuperar a su hijo/a.

¿Y si ya se hubiera declarado? No se puede emitir una declaratoria de abandono per se, en razón de que la Procuraduría no tiene esa facultad; en ese sentido, se dejará registro de todas las acciones que se han efectuado y se remitirán a la unidad de familia, para que se proceda a promover el proceso de pérdida de autoridad parental.

La ley establece: “Para los efectos de esta ley para el establecimiento del abandono del niño, niña o adolescente, como causal de pérdida de autoridad parental”, al comparar la lectura anterior con la que se aprobó la Asamblea Legislativa el 4 de febrero de 2016, se observa la diferencia.

Entonces, ¿El padre comparecería cuando sea la audiencia de pérdida de autoridad parental? Sí, sin embargo, es un porcentaje bastante bajo en el que los padres de verdad se presentan a la audiencia de pérdida de autoridad parental, y se oponen.

Existió un caso en el que un niño entró al Sistema de Protección, en el dos mil doce, y dos mil trece. La madre acababa de tener a su hijo, y entraron al sistema de la niñez y la adolescencia, se intentó trabajar ella por un año y medio, sin embargo, se fue del hogar y dejó al niño, por lo que se iniciaron las gestiones para integrar al niño en una nueva familia, y se intentó restituirle los derechos con la abuela, al verificarse que cumplía con los requisitos mínimos, el juez entregó en colocación familiar al niño. Entre los ocho y diez meses se realizó una visita para observar la condición del niño en el hogar con su abuela, encontrándose desmejorado pero con sus derechos básicos garantizados.

La abuela un día declara que será operada, y deja al niño, alegando que no lo quería, y la jueza le suplicó para que le diera una semana para poder preparar al niño; sin embargo, replicó que no podía quedarse con él.

Se realizó la búsqueda de familias substitutas, se priorizó a las personas que cumplían con todos los requisitos y que disponían del tiempo para cuidar de este niño, por lo que se llevaron a cabo las valoraciones respectivas, se realizó la audiencia, y se autorizó la visita de la abuela.

Pasaron los años, el niño estaba en revisión de medidas en el juzgado de niños, niñas y adolescentes cada seis meses, después de un tiempo, se observó que no se había realizado el proceso de pérdida de autoridad. Se empezó con las investigaciones de trabajo social en la oficina para adopciones y, apareció la mamá alegando que ella quería recuperar a su hijo, pero para entonces habían pasado cuatro años en los que la señora no había dado señales de vida.

Para que se declare el abandono, la ley establece un año de abandono y la

pérdida de autoridad parental, para la situación en comento, habían pasado cuatro años, y el niño se encontraba completamente adaptado a su nueva familia.

El abandono que sufrió ese niño, primero de la mamá en el hogar, y luego de la abuela cuando ya se había integrado a su casa, provocó que bloqueara todos esos recuerdos en su cabeza, por ser demasiado dolorosos para él, entonces, esas mujeres quisieron conseguir un abogado para que las representara, fueron a la UCA, y cuando los abogados observaron el expediente se negaron, recurrieron a otra universidad, y al final consiguió alguien que le diera el apoyo, pero lo que el abogado no contestó la demanda.

Al final no tenían pruebas para argumentar una causa justificable, porque el abandono había existido por años. Si ella hubiese querido recuperar a su hijo, se hubiese presentado a los juzgados de niñez en una de esas revisiones de medidas de familias substitutas, y alegar que quería recuperar a su hijo.

Otra alternativa a la situación era que la madre promoviera en los juzgados de familia un proceso de cuidado personal, existieron muchas soluciones y no se optó por ninguna.

Similar fue el caso de una bebe que abandonaron en la Ceiba de Guadalupe, y a los cuatro años, la madre buscó a su hija, pero entonces el abandono ya estaba constituido.

En estos casos se deben respetar los procesos que los niños han vivido, porque ellos ya sufrieron un abandono, y logran superarlo al integrarse a otra

familia, sin embargo, puede proceder la reintegración del niño con sus padres cuando se demuestre que no ha existido un abandono injustificado. Se deberán de tomar en consideración cada situación y evaluarse para verificar cuando proceda.

Al comienzo, el proceso de abandono a que se refiere la ley si creaba una confusión y daba una viabilidad en cuanto a la existencia de una violación de derechos, pero cuando lo relacionaron con el art. 240, ya no dejan esa apertura del procedimiento de abandono, porque se establece que el abandono será comprobado y luego se procederá como causal de pérdida de la autoridad parental.

Entonces ya no da apertura a que el proceso quede en el aire, sino que simplemente lo que hace es pedir una prueba preconstituida para la causal de abandono, pero que al final puede o no cumplirse, pero eso dependerá de cada caso, y del abogado que promueva la pérdida.

En razón de lo anterior, el juez debe solicitar el procedimiento de declaratoria de abandono si va a referir un proceso de pérdida de autoridad parental de un niño que pretende ser dado en adopción, debido a que no se puede pedir la adoptabilidad de un niño que no ha seguido este proceso.

¿Considera que debería existir una mayor intervención judicial en el procedimiento para declarar el abandono establecido por la Ley Especial de Adopciones?

Se ha regulado de esa manera al relacionar el art. 30 de la LEA con el art. 240 del CF, estableciendo que solo va a constituir como un procedimiento para el abandono, en otras palabras, diligencias que la procuraduría hace

como prerequisite, en ese sentido, es el juez quien decide si lo cierra al declararlo adoptable.

¿Y con respecto creación de una nueva oficina para adopciones? Correcto, esa oficina no está creada todavía.

¿Entonces, los procesos de adopción no están siendo diligenciados? En este momento, la actual oficina está depurando los casos que entraron antes del 24 de abril del 2017, por lo que al 24 de abril del 2018 no se ha podido dar trámite a ningún proceso o una posible solución.

Se han presentado solicitudes porque la ley establece que las procuradurías auxiliares que siempre funcionan, que son a nivel nacional 17, van a recibirlas, ya que no se pueden negar a recibirlas. Sin embargo, no les han dado trámite porque no tienen donde remitirlas.

Existe un decreto en estudio que aprobó la asamblea, que no ha sido publicado en el diario oficial, en donde le da todas las facultades a la procuraduría, es decir, que eso habilitaría para que la anterior OPA, conozca dentro de seis meses los casos de adopción, para que se le pueda dar trámite a esas solicitudes y la gente pueda presentar las de ella, pero tendría que ser ya conforme esta nueva ley.

Se desconoce si después de asignado el otro recurso, el presidente, de acuerdo al proceso de formación de ley, va a ratificar esa ley o la va a observar, porque si ya asigno cierta cantidad mejor que espere la OPA.

¿Y, se ha tramitado alguna declaratoria de abandono con la nueva ley? No porque no se ha creado la nueva OPA, además, esa declaratoria de

abandono no puede ser, se va a quedar como un requisito porque está poniendo unos requisitos más al 240 del CF.

Ya existen problemas al interpretar la ley, por ejemplo, hay una gran discusión porque el art. 5 dice que la juez o jueza especializada en la niñez y la adolescencia es el funcionario o funcionaria competente para declarar la adoptabilidad de la niña, niño o adolescente, previa la aprobación a que se refiere el art. 7, y este se refiere a que la procuradora está facultada para aprobar el procedimiento en la fase administrativa, entonces, no se puede dar la adoptabilidad sin que la procuradora haya aprobado la adopción, y la procuradora por convenios internacionales, específicamente, el convenio de cooperación en materia internacional, en otras palabras, el convenio en materia de adopción en cooperación internacional, no permite que haya autorización sin que el niño sea declarado adoptable.

La Oficina para Adopciones recibe la solicitud, califica la familia: Calificación legal, estudio psicológico, y trabajo social; con el objetivo de realizar el análisis para que la directora ejecutiva, o director ejecutivo manifieste si la familia es apta para adoptar, luego pasa a un registro único, consecuentemente, el comité de asignación cuando ya tenga a los niños que han sido declarados – ya que únicamente entran en el registro los niños declarados adoptables– se llevan al comité de asignación.

El niño, previamente, debe ser declarado adoptable, caso contrario, la procuradora o procurador no puede autorizar una adopción, y las juezas y jueces, no pueden declarar al niño en adopción sin la autorización de la procuradora o procurador. Muchas cosas tendrán que solventarse a través de la cámara, porque en materia de adopción internacional, después de que el niño sea declarado adoptable y que vaya al comité de asignación, después

de pasados 60 días para que ese niño sea asignado, se manda al Estado parte, donde será el lugar de destino del niño, para que ellos digan si ese niño va a poder entrar a ese país o no, por cuestiones de edad, condiciones, o demás requisitos que el Estado tiene.

Después de este procedimiento, la procuradora autoriza la adopción conforme el art. 16 del convenio. En base al art. 17, donde establece que si este niño va a poder entrar al país y va a poder gozar de todos los derechos en ese país.

Porque los Estados no van a arriesgarse al desgaste que conlleva estos procesos si un familiar puede reclamar al niño, niña, o adolescente. Por eso, previamente debieron realizarse las diligencias de adoptabilidad, las cuales pueden volverse contenciosas conforme la ley.

El Art.72 establece un orden, a seguir para estos casos, los cuales son los siguientes:

1. “La declaratoria judicial de adoptabilidad de niño o niña o adolescente
2. Autorización de la adopción en sede administrativa
3. El decreto de la adopción”

Los tres criterios deben ser ejecutados de manera ordenada para que exista una autorización de adopción; asimismo, es contradictorio que se establezca que una procuradora autorizará una adopción, en razón que el convenio para adopciones, establece que el procurador es la autoridad central en ese tema a nivel internacional, y le prohíbe dictar sentencias.

Además, el art. 66 dice “recibidas las diligencias de una niña adolescente la persona titular de la procuraduría deberá remitirlas dentro del plazo de siete días a la jueza especializada de niñez y adolescencia”, ¿de dónde vendrá ese expediente?, como puede venir de las juntas de protección si es un niño que está en total abandono, puede venir de la OPA cuando la gente se haya presentado para dar el consentimiento, puede venir del mismo juzgado diciendo que lo remite la procuraduría porque ya intento hacerlo y esta lo va declarar adoptable, y la procuraduría va hacer que se declare adoptable, entonces dice va tener siete días y va examinar las misma y procederá dentro de los quince días posteriores a su recepción a señalar la audiencia de sentencia, que está diciendo que la adoptabilidad es el primer paso pues, entonces al final se tienen siete días la procuraduría para que lo presente y quince días para definir.

Lo anterior acelera el proceso de adopción respecto a los niños que ya tienen resuelta la situación jurídica, sin embargo, no es así para los que tienen que seguir un proceso de pérdida de autoridad parental, y el procedimiento para solicitar la declaratoria de adoptabilidad.

Algunos jueces han manifestado que la declaratoria de adoptabilidad y decreto de adopción se realizará en un mismo acto, esto no puede realizarse en razón que los convenios internacionales establecen que estos son dos actos diferentes.

¿Considera que la Ley Especial de Adopciones tiene un carácter administrativo? Si, en las partes donde regula la celeridad. Anteriormente, instituciones como el ISNA tardaban entre un año o dos para dar la adoptabilidad, por la excesiva carga de trabajo; asimismo, la celeridad respecto de la adoptabilidad no va a depender de la OPA, porque hasta

ahorita no se ha aprobado que se conozcan casos de niña o niño, entonces tendrá que crearse algún mecanismo que de celeridad para esos casos.

Actualmente, los casos en los que se encuentra a un niño o que lo regalaron, ya no deberían de suscitarse, sin embargo, la entrada en vigencia de la ley no detendrá a las personas, por lo que el juez tendrá que valorar y hacer su estudio, porque hay un montón de familias calificadas esperando a los niños para que les puedan restituir los derechos.

La celeridad en estos casos es necesaria, en razón que, para un niño es mucho más fácil adaptarse, e integrarse a una familia cuando esta pequeño, a diferencia de un adolescente, a quien le resulta complicado la integración. En ese sentido, se requiere que los procesos para declarar la adoptabilidad sean mucho más eficientes, y previo a esto, deberán realizarse los procedimientos de declaratoria de abandono y de pérdida de autoridad parental.

Es necesario tomar en cuenta el tiempo que conlleva la adopción de un niño, niña o adolescente, en razón de que la entrevista con los solicitantes, dura alrededor de un día más el tiempo del análisis de la calificación, y la trabajadora hace la visita en un día, en 10 días es imposible y solo hay una psicóloga.

Comentarios y críticas a la entrevista:

Se identifican deficiencias en el efectivo cumplimiento de la Ley Especial de Adopciones, debido a que la entidad que debe llevar a cabo los procedimientos aún no ha sido creada y está conociendo provisionalmente la oficina para adopciones.

En segundo lugar, destacar que las diligencias que plantea la referida Ley para declarar en abandono son un requisito que deberá documentarse para poder iniciar la pérdida de autoridad parental y que como efecto estaría vulnerando el debido proceso al efectuar de manera rápida y con el carácter de mero trámite la búsqueda de los padres biológicos, mas no un verdadero procedimiento de verificación y control.

Además, existe un conflicto existente en la legislación con respecto al tema, pues la Ley Especial de Adopciones otorga facultades que contradicen lo establecido en tratados internacionales que han sido ratificados en el país. Dichos conflictos generan un retraso en los procesos, lo cual produce una vulneración tanto al padre como al niño.

En el procedimiento de declaratoria de abandono que actualmente se ha convertido en una diligencia previa a la declaratoria de pérdida de autoridad parental, el cual es un procedimiento que no se encuentra regulado, ni tampoco se ha pensado en la posibilidad de la intervención del padre o madre del niño o niña, siendo entonces una diligencia de mero trámite que lo que busca es agilizar sin considerar la vulneración a los derechos de los progenitores del niño o niña y adolescente.

Asimismo, se abordan puntos claves en relación a la declaratoria de abandono del niño, niña o adolescente, como ya se mencionó con antelación, la Ley Especial de Adopciones lo regula como un requisito de mero trámite administrativo para el juicio de pérdida de autoridad parental, por lo que es evidente pensar que al dejar el procedimiento de declaratoria de abandono sin seguir las diligencias de pérdida de autoridad parental, englobaría la posibilidad de que viniera el padre o madre biológica a reclamar de nuevo sus derechos que le asisten con su hijo; sin embargo, lo que la Ley

Especial de Adopciones busca es evitar esta situación, puesto que la declaratoria de abandono agiliza el procedimiento de pérdida de autoridad parental, amarrándolo como un requisito.

Esto podría ser un beneficio para los nuevos padres del menor declarado en abandono, pero en realidad debería de existir la posibilidad para el padre biológico alegar causa justificada que amparen el abandono del menor.

5.2. Entrevista a Licenciado Elías Mejía Merlos. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Abogado litigante en Derecho de Familia y docente de la Universidad de El Salvador.

A continuación se desarrollan las Interrogantes, respuestas y comentarios expuestos en la entrevista al profesional de la siguiente manera:

- a) Ante la inmediatez con la cual la Ley de Adopciones plantea la declaratoria de abandono ¿considera que da cumplimiento al debido proceso, agotando así las instancias correspondientes y respetando los derechos y garantías que el debido proceso engloba?

No hay una respuesta taxativa, debido a ¿que por qué dar un proceso para ubicar a los padres biológicos si estos no han buscado a sus hijos, qué nos hace pensar que quieren intervenir en el proceso? La lógica indica que no les interesa.

En atención a la respuesta aportada por el licenciado, hay discrepancia ya que en la actual LEA, sigue un procedimiento que no engloba garantías y derechos constitucionales para el padre o madre del menor, aun cuando en la actualidad no se han dado casos en que el padre reclame a su hijo, la ley

no puede dejar de lado sus derechos, y por lo mismo siempre debe prever que sean respetados y garantizados, porque de lo contrario se caería en la vulneración a los derechos mencionados en los capítulos anteriores.

b) ¿Podría darse el caso que los padres aparezcan alegando causa justificada?

Al no estar en época de guerra, ambos padres no pueden alegar desconocimiento de sus hijos, por ejemplo la madre sabe con quién mantuvo relaciones sexuales y quien es el padre de su hijo, pero en los casos de ocultación del embarazo podría suceder que el padre no reconozca a sus hijos porque no se enteró, pero existe el derecho del menor de conocer quiénes son sus padres.

Se ha trabajado en un caso en el que una niña creció creyendo que X señor era su padre pues la madre no le había dicho quién era el padre verdadero ya que solo sostuvo relaciones sexuales ocasionales con un señor que al nacer no reconoció a la niña, pero con los años el tío le dijo que no era el padre y la niña cuando tuvo mayoría de edad se apersono donde el señor que si era el padre y se hicieron las pruebas de ADN y efectivamente era su hija.

En atención a lo anterior ¿qué mecanismos utilizarían para ubicar a los padres de menores que no se asentaron? Si fueron reconocidos entonces existe filiación reconocida y entonces si se puede intentar de ubicar y utilizar los oficios a las instituciones obligadas de brindar información del paradero.

Se considera que si existe la posibilidad que los padres puedan alegar abandono por causa justificada, sin embargo en la actualidad la Ley tiene un

vacío en relación a éste tema y no da una solución a la situación planteada, ante esta falta de regulación normativa, los padres biológicos se ven en la necesidad de usar otros mecanismos para hacer valer sus derechos como lo es el proceso de amparo.

- c) Respecto a los plazos que regula el artículo 30 inciso penúltimo de la Ley Especial de Adopciones, ¿considera el cumplimiento de las garantías procesales?

Los jueces tienen posibilidad de tomar decisiones, los Arts. 1,2, 17 y 18 del CPCYM, establecen dicha facultad de que si considera que no hay procedimiento o de existir puede ser vulnerativo a derechos o garantías fundamentales, puede aplicar cosa distinta, en este caso un proceso abreviado que establezca mejores garantías.

Existe un versus, lo que es el principio del interés superior del niño, ya que ya tenemos que hay una filiación conocida, y se puede ubicar a las personas con los mecanismos jurídicos que existen, es decir con los avisos que da el juez, y que en cualquier proceso es así, con recibir el informe, y si no hay dirección no hay nada más que hacer.

En términos materiales, las personas usualmente no leen el periódico de mayor circulación y menos el Diario Oficial, para decir que eso garantiza que el padre o madre biológica del menor vaya a darse cuenta que se está llevando un procedimiento para declarar el abandono, aunque se dieran 15, 20 días, un año inclusive aun no sería efectivo, y por ende solo es un requisito de mera formalidad para poder decir que si está respetándose el derecho de defensa de las personas.

En conclusión, el juez puede aplicar el proceso abreviado pero estaría dilatando más el poder asignar al menor en una familia, y eso afecta al final al menor.

Imaginar que milagrosamente aparecen los padres buscado a su hijo o hija, la pregunta es ¿el derecho de defensa y de audiencia se hizo efectivo? Si se hizo efectivo porque no se puede dejar en suspenso el procedimiento para ubicar al menor en una familia solo porque no se da con el paradero de los padres biológicos que se han ausentado sin causa justificada, pues la Ley estableció los mecanismos para ubicar a las personas y si se cumplieron y no se encontró a los padres aun con ello no se estará en la espera mucho tiempo en el cual se podría estar asegurando al menor una estabilidad.

Para el grupo de investigación si existe una vulneración a los derechos del padre o madre biológicos en el sentido que se excluye del ámbito familiar del menor, sin hacer una investigación adecuada la cual es dirigida por la Procuraduría General de la República. Es de advertir además que el resultado de los oficios de localización que giran a las instituciones correspondientes, generan incertidumbre, además los plazos establecidos son muy cortos para que se haga una búsqueda exhaustiva.

- d) Según la Ley Especial de Adopciones, es la Procuraduría quien libraría los oficios correspondientes para ubicar al padre o madre del niño, niña o adolescente, ¿qué opina usted de que no sea por medio de un juzgado?

Se considera eficiente que lo haga la Procuraduría y cuenta con los recursos necesarios está bien, al final la decisión será tomada por un juez, pero que si ayuda a descongestionar la carga laboral de los juzgados estoy de acuerdo

en que se haga administrativamente por medio de la Procuraduría, ya que ésta llevara todos los estudios que haya realizado ante el juez para que pueda tomar la decisión final.

Antes se ha mencionado que la investigación realizada por la PGR genera incertidumbre, ya que no utiliza los medios más idóneos para la búsqueda efectiva de la familia biológica del menor. Y por tanto no se comparte la opinión del licenciado, debido a que la carga laboral de la Procuraduría General de la República es tanta como la de un juzgado de familia.

e) ¿Está de acuerdo con el principio de desjudicialización?

Si, para acelerar los procesos, muchas cosas deberían de desjudicializarse. Al acelerarse el proceso de adopción no generaría un problema, además existe un proceso de verificación posterior por parte de la PGR, si algo pasara sería algo que ellos identificarían y se realizaría el correspondiente proceso para anularla.

En relación a esta respuesta se considera que el proceso de desjudicialización efectivamente agiliza el procedimiento de declaratoria de abandono sin embargo al acelerarlo no se prevén circunstancias que pueden ocurrir, y que a diferencia de estar bajo la tutela de un juez, no se consideran alternativas como audiencias especiales para dirimir controversias.

f) ¿Ha tenido algún caso de abandono?

Sí, pero todos han terminado antes de finalizar el proceso por diversos motivos, entre ellos que los padres se los llevan ilegalmente a otro país, y en gran parte por lo tardado de los procesos. A veces cuando el niño no tiene

filiación paternal solo basta el reconocimiento del menor, reconocimiento voluntario a un proceso de adopción. Por ser menos tardado y más barato, y garantiza al niño, niña o adolescente sus derechos.

Por lo tanto, ya que la carga laboral es grande en los juzgados, hay cosas que podrían desjudicializarse para que se descargara el sistema, pero siempre y cuando las instituciones sean eficientes, en este caso la procuraduría, y se debe verificar si esa oficina funcionaría como corresponde y finalizaría los procesos como corresponde también. Si es así es algo positivo, si va a ser lo contrario, no.

En teoría debería de capacitar a las personas para eso, y respetando siempre el interés superior del menor, ya que es una actividad tanto administrativa como judicial, no existiría problema por el control posterior que se realiza, ya que lo importante es la protección que se le da al niño, niña o adolescente.

g) ¿Realmente es correcto lo que plantea el artículo 30 de la Ley Especial de Adopciones, o vulnera derechos de los padres?

Si los vulnera, siempre tendrá un choque con el principio del interés superior, pero si el juez tuviera dudas, perfectamente puede acudir a las instituciones administrativas como la procuraduría, que si participan en ese proceso.

En relación a lo antes expuesto por el licenciado, podría decirse que existe una contradicción, en el sentido de que si bien es cierto el juez puede acudir a la Procuraduría General de la República para que proporcione los documentos que respaldan la investigación previamente realizada, siempre existe una vulneración a los derechos tanto del padre como del niño, niña o

adolescente.

Dicha contradicción se manifiesta en que el entrevistado considera que si existe vulneración, pero a su vez, considera que con la documentación proporcionada de la investigación puede llegar a probarse la inexistencia de una vulneración.

h) Si existe un caso en el que el niño es declarado en abandono, ¿Qué pudiese hacer el padre para recuperar al niño?

Puede ocurrir una presunción de paternidad, que el padre no sepa de la existencia de su hijo, la madre abandona al niño. En este caso es de ver si el niño sabe que ha sido dado en adopción o no, porque el niño tiene derecho a investigar su filiación y es imprescriptible, en el caso del papá, él desconocía.

En el artículo 146 del CPCYM dice que al justo impedido no le corre término, entonces el padre es un justo impedido porque desconocía, y por tanto ese término no le corre a él y podría llegar a oponerse. Y debe presentar prueba de porque no hizo efectivo el derecho de defensa, porque el derecho de defensa es una cosa y hacerlo efectivo es otro.

Los jueces no garantizan el derecho de defensa, por ejemplo: se emplaza a una persona, y llegan a la casa y los recibe una señora que les dijo que ahí vivían, pero ellos en realidad están fuera del país hace años, y resulta que según el informe migratorio, el padre no ha estado en el país por años, y que solo ha llegado en calidad de turista, siendo el caso que al momento de emplazarse él señor no se encontraba en el país, entonces, él desconocía. Pero para el juez eso es válido.

Pueden ocurrir circunstancias en concreto en las que se puede pedir la

nulidad, entonces, este es un caso, en que el padre o madre podría pedir la nulidad de ese acto, si es verdad que es procesal, pero en la teoría de las nulidades un acto que no se hizo conforme y que vulnera derechos puede ser solicitado.

Se plantean dos soluciones, la filiación conocida y la nulidad. El amparo también podría ser una solución. Agotando lo administrativo, y el amparo posteriormente, siempre que se alegue de manera correcta.

Si de hecho el amparo es para la protección de garantías constitucionales pero también se puede hablar de las nulidades procesales porque son las del procedimiento según el caso, porque hay nulidades sustitutivas. En materia de familia no existen las nulidades por lo tanto se debe remitir a las que establece el Código Procesal Civil y Mercantil, según el artículo 232 por integración de las leyes, entiéndase cuando se afecte un derecho fundamental como el derecho de audiencia o de defensa, entonces el acto se considera nulo.

Al respecto de lo anterior, se considera que el plazo que regula la Ley es insuficiente para poder dar con el paradero del padre o madre biológica y mucho menos será garante de que se ejerza el derecho de defensa de los mismos pese a que se esté “otorgando términos procesales” que en realidad no corren para el padre que desconoce la existencia del niño, niña o adolescente. Ante lo cual los referidos padres pueden optar por los mecanismos de defensa existentes ante tal arbitrariedad.

- i) ¿En cuanto a las posibilidades planteadas, que posición tomaría si se le llegase a presentar un caso conforme a LEA?

La respuesta es: “depende”, porque si se está representando a los padres

que han adoptado al niño yo voy adoptar esa posición pero si la representación es del padre biológico y está pagando, se deberá adoptar esa posición, porque según la posición en la que este así será la argumentación que necesite, si de parte del papá se dirá que al justo impedimento no le corre termino y por lo tanto alegar la nulidad de ese acto en concreto sabiendo por qué se ha anulado, ahora puede que no alegue la nulidad, puede que se alegue que no corre termino para que se otorgue el derecho de defensa por lo tanto solicitar derecho de audiencia y expresar que desconocía la existencia de ese hecho y que independientemente se hayan librado los oficios a no se me notificó oportunamente.

j) Consideraciones finales

En cuanto a lo manifestado respecto de que no se puede dejar en suspenso el procedimiento para ubicar al niño, niña o adolescente en una familia solo porque no se da con el paradero de los padres biológicos que se han ausentado sin causa justificada, si bien es cierto no se puede dejar en suspenso el interés superior del al niño, niña o adolescente, pero siempre y cuando se lleve a cabo un procedimiento eficaz que no de incertidumbre jurídica respecto que este ha sido llevado diligentemente, involucrando el derecho de los padres ya que no se puede dejar de garantizar ambos derechos tanto para el niño o niña o adolescente y el padre de estos.

La Ley Especial de Adopciones ha planteado las instituciones que serán las encargadas de garantizar la investigación, pero no se podría lograr eficacia puesto que como ya ha sido mencionado el plazo que dichas instituciones tienen para brindar la información es muy corta y difícilmente podrán dar seguridad jurídica a la investigación.

En el entendido que aparezca un padre o madre biológica alegando causa

justificada por la cual abandonó a su hijo en algún momento, deberá ser probada dicha causal y analizado desde la perspectiva de la ley así como del ámbito procedimental si en cada caso en concreto se han vulnerado los derechos constitucionales que le asisten y así poder hacer uso de las herramientas establecidas para la defensa de los mismos como lo son: alegar que no le ha corrido termino como justo impedido, que existe vicio en el procedimiento llevado a cabo y consecuentemente poder iniciar un proceso de amparo, logrando con ello el eficaz cumplimiento de la normativa constitucional.

CONCLUSIONES

El abandono del niño, niña o adolescente sin causa justificada en El Salvador es un fenómeno que puede constituir una causal de pérdida de autoridad parental, y que lleva consigo la ruptura de todos los vínculos con la familia biológica dando como consecuencia la adopción. Sin embargo, pueden existir diversos factores tanto económicos, como de inseguridad, y aun la misma realidad de las familias salvadoreñas, que se constituyan como una causa que justifique el abandono del niño, niña o adolescente.

El procedimiento para declarar el abandono que regula la Ley Especial de Adopciones, vulnera el debido proceso, porque conlleva a una inobservancia de los elementos que configuran el mismo, en el sentido que existen plazos establecidos para que se pronuncien, tanto el padre o madre biológico, sin verificar el paradero de los mismos para que estos puedan intervenir.

No existe en el actual procedimiento el momento procesal oportuno para que el padre o madre biológico, pueda presentar pruebas que justifiquen el abandono del niño, niña o adolescente, negándole de esta manera el derecho a la libertad probatoria, en las diligencias realizadas por la Procuraduría General de la República, en los cuales no logramos identificar los parámetros utilizados en dicha investigación, por no existir hasta la fecha, ningún procedimiento en relación.

Además, se verifica que al final de los plazos y de las diligencias realizadas por la PGR alega ante el juez el abandono sin causa justificada y el juez se limita únicamente a valorar sobre lo ya presentado y después seguir un proceso de pérdida de autoridad parental, y que conlleva a una adopción del

niño, niña o adolescente.

Asimismo se concluye que la solución a la problemática desarrollada en la investigación, es que el padre o madre biológico que se vea perjudicado por el procedimiento que regula la Ley Especial de Adopciones para declarar el abandono, está en la libertad de iniciar un proceso de amparo, debiendo siempre comprobar la efectiva vulneración a sus derechos constitucionales y cumpliendo con los requisitos que conlleva el respectivo proceso.

De las opiniones expuestas por los entrevistados en el capítulo cinco de la presente investigación, se concluye que ambas posturas visualizan que en el procedimiento de declaratoria de abandono siempre habrá una contraposición de prioridades entre el padre y el hijo, y en la que se buscará que prevalezca el interés superior del niño, generando así una discrepancia e incertidumbre jurídica respecto del procedimiento.

Lo anterior en el sentido que por buscar la celeridad del procedimiento, ha dejado de garantizar el debido proceso al padre o madre biológico, puesto que al efectuar de manera rápida y con el carácter de mero trámite la búsqueda de los padres biológicos, sin realizar un verdadero procedimiento de verificación y control, conlleva así a una posible inconstitucional.

RECOMENDACIONES

Para declarar el abandono de un niño, niña o adolescente es necesario que el procedimiento prevea las diversas circunstancias o factores del padre o madre legal y biológica de un niño y que le permita alegar una causa justificada.

En virtud que la Ley Especial de Adopciones establece medios para ubicar a los padres biológicos y estos no son suficientes ni garantizan una búsqueda exhaustiva, es recomendable una reforma a los incisos 5 y 6 del artículo 30 de la referida ley, que plantea este procedimiento para que la PGR se puede hacer valer de otras herramientas que pueden dar mayores resultados debido a los descubrimientos y avances tecnológicos.

También se recomienda que la intervención judicial en el procedimiento de declaratoria de abandono, sea garante del debido proceso en relación a los actos realizados por la Procuraduría General de la República.

Lo anterior, en el sentido que al finalizar el procedimiento de búsqueda del paradero de la madre y el padre del niño, niña o adolescente en proceso de adopción, se tuviere como resultado que éste es desconocido, se deberán llevar las diligencias ante la Jueza o Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia para que decrete la adoptabilidad, y posteriormente, deberá conocer el juez de familia sobre la pérdida de autoridad parental.

Para poder intervenir en un proceso de amparo el padre o madre legal y biológico, que se vio en la necesidad de ausentarse, y dejar en estado de abandono al niño, niña o adolescente, o si existía el desconocimiento del

mismo, y pretenda hacer valer ante la Sala de lo Constitucional sus derechos, deberá reunir la documentación que acrediten los hechos que está alegando.

Los profesionales entrevistados, al momento que plantearon sus soluciones, fueron discrepantes, pero ambos concluyeron en una idea similar, y es que siendo ésta una ley sin mucha aplicación hasta la actualidad, las mejores soluciones serán a través de la creatividad, mal dicho, a base de prueba y error. Pues, en el derecho existe más de una solución a los problemas, y por lo que se sugiere el amparo como una posibilidad, existiendo otras, que pudiesen retomarse en la práctica tal es el caso de una inconstitucionalidad, o nulidad procesal.

BIBLIOGRAFÍA.

Libros.

Bossert, Gustavo A, Zannoni, Eduardo A. *Manual de Derecho de Familia.* Buenos Aires, Argentina, 1998.

D' Antonio, Daniel Hugo. *Derecho De Menores 4ª ed. Actualizada y Ampliada.* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. Buenos Aires, 1994.

Calderón de Buitrago, Anita. *Manual de Derecho De Familia.* Centro de investigación y capacitación proyecto de reforma Judicial. El Salvador, 1994.

Gonzales Mora, Ricardo. *Abandono y Adopciones de menores de edad. 1ª Ed.* Corte Suprema de Justicia. Ciudad San José. 1999

Grosman, Cecilia, P. Marta. *Los Derechos del Niño en la Familia.* Editorial. Universidad. Buenos Aires, 1998

Moreno Carrasco, Francisco. *Código Penal Comentado de El Salvador, Tomo II.* Publicado por Consejo Nacional de la Judicatura, 2002.

Tesis.

Álvarez Clemente, José Moisés. et. al. *La Adopción Como Causa de Extinción de La Autoridad Parental Frente a La Retracción Justificada de Los Padres Biológicos.* Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 2011.

Arteaga Zepeda, Gabriel de Jesús. et. al. *El respeto a la Garantía del Debido Proceso en la Aplicación de la Ley de Protección de Víctimas y Testigos.* Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 2010.

Guzmán Morena, Ada Virginia. et. al. *La pérdida de la autoridad parental como efecto del abandono a los hijos sin causa justificada y sus implicaciones.* Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas Universidad de el Salvador, 2000.

Serrano Melgar, Roberto. et. al. *Los Problemas Legales de Aplicabilidad Parental en el Código de Familia.* Tesis para Obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 2000.

Barahona, Jorge Alberto. et. al. *El Papel del Procurador General de la República en la Protección de los menores en estado de abandono.* Tesis para Obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 2002.

Cardoza Ayala, Miguel Ángel. *La adopción en El Salvador Problemas Actuales.* Tesis doctoral. Universidad Autónoma De Barcelona. 1ªed. Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. San Salvador 2006.

Deras Corado, Carlos Norberto. et. al. *Eficacia de la Garantía de Audiencia en la Legislación Aplicada a los Trabajadores del Sector Público.* Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 2008.

Doradea Linares, Victoria Margarita. et. al. *La Adopción Nacional en Infantes de 0 a 5 Años en el Municipio de San Salvador y la Función que*

desempeña la Procuraduría General de la Republica y El Instituto Salvadoreño Para El Desarrollo Integral de la Niñez y La Adolescencia en su Procedimiento. Tesis para Obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 2014.

Mena Pérez, David Esaú. et. al. *La situación de los hijos cuando los padres han perdido la autoridad parental por las causas de corrupción sobre estos fraude de falso o suplantación.* Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de el Salvador. 2003.

Herrera Chávez, Zintia Dalila. et. al. *Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso en Las Diligencias Extrajudiciales.* Tesis para obtener el Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 1998.

Lara Rivera, Jenilee. et. al. *La Declaratoria de Abandono en Menores de Edad.* Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. San José. Costa Rica. Octubre 2010.

Meléndez Ruiz, Mario Edgardo. et. al. *Abandono de Menores en Hospitales Públicos por razones Económicas de las madres circunscritas en el área metropolitana de San Salvador.* Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 2001.

Meléndez Meléndez, Celio Aníbal. et. al. *Atentados contra el Derecho de Defensa.* Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 1994.

Morena Laguardia, Sandra. *La garantía de Audiencia en la doctrina de la Salade lo Constitucional.* Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad Dr. José Matías Delgado. 1987.

Rivas de Blanco, Verónica Lisseth. et. al. *Análisis de la Efectividad del Cumplimiento de los Derechos-Deberes en el Ejercicio de la Autoridad Parental.* Tesis para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Universidad de El Salvador. 2008.

Legislación.

Constitución de la República de El Salvador. Asamblea Legislativa de El Salvador. 1983.

Ley Orgánica de la Policía Nacional Civil. Asamblea Legislativa de El Salvador. 2001.

Decreto N° 282. Asamblea Legislativa de la Republica de El Salvador. 2016

Jurisprudencia.

Sala de lo Constitucional. Sentencia en el proceso de Habeas corpus del 23/IV/1999.C:S:J Ref. 87-99.CSJ 1999

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 380–99, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 12 de febrero de 2001.

Sala de lo Constitucional., Sentencia de Amparo, Referencia: 108–2001, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 19 de abril de 2001.

Sala de lo Constitucional. Sentencia de Amparo, Referencia: 627–2000, El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 7 de mayo de 2002

Diccionario.

Cabanellas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo I Diccionario Jurídico Mexicano, Tercera Edición.

Revista.

Díez Picazo, Luis María. *Dificultades Prácticas y Significado Constitucional del Recurso de Amparo.* Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de estudios constitucionales. Madrid. No.40. 1994. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000100007

Lotayf Ranea, Roberto G. *Principio de Bilateralidad o Contradicción.* Revista. Publicada en Revista la Ley 2011-A. Consultado en marzo 2018. <https://www.google.com.sv/search?q=principio+de+contradicc%C3%B3n&oq=princip&aqs=chrome.3.69i57j0j69i59l2j69i60l2.3602j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8#>

Sitios Web.

Abogados y Notarios de El Salvador. *Reglamento General del Instituto de Medicina Legal.* Acuerdo Judicial, Diario Oficial 246, Tomo 309, Publicado el 23/10/1990. Consultado el 4 de abril de 2018. <http://elsalvador.abogadosnotarios.com/reglamento-general-del-instituto-de-medicina-legal-qdr-roberto-masferrerq/>

Archivos jurídicos, Derecho de Defensa. Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consultado en marzo 2018. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3878/7.pdf>

Bembibre, Cecilia. *Definición ABC. Tu diccionario hecho Fácil. Definición de Abandono.* Visitado el 30 de marzo de 2017. <http://www.definicionabc.com/general/abandono.php>

Billalba Hualla, Melissa Heidy. *Menores en estado de abandono como causal de trata de personas.* Universidad Andina del Cusco 2016. <http://espanol-findlaw.com/ley-penal/-abandono-de-ninos.html>

Beraun, Max y Mantari, Manuel. *Visión Tridimensional del Debido Procesoll,* consultado el 21 de Octubre de 2017. www.justiciaviva.org.pe/jvnn/05/art/visiontridi.doc

Centro de Información Jurídica en Línea. *Interés Superior de los Menores de Edad en los Procesos de Familia.* Convenio Colegio de abogados. Universidad de Costa Rica. Consultado el día 4 de abril de 2018. [file:///C:/Users/PC/Downloads/interes_superior_de_los_menores_de_edad_e_n_los_procesos_de_familia%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/PC/Downloads/interes_superior_de_los_menores_de_edad_e_n_los_procesos_de_familia%20(2).pdf)

Cillero Bruñol, Miguel. *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño como principio garantista.* Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Consultado el 3 de marzo de 2018. http://surargentina.org.ar/material-interes/material/09_material_complementario/03_el_interes_superior_del_nino_convencion_sobre_derechos_nino_cille.pdf

Consejo Nacional de la Judicatura. *Código Procesal Civil y Mercantil Comentado.* Edición 2016. El Salvador. http://www.cnj.gob.sv/web/images/documentos/pdf/publicaciones/Codigo_Procesal_Civil_Mercantil_Comentado_2016.pdf

Dirección General de Centros Penales. *Reseña Histórica.* Ministerio de Justicia. El Salvador, 2018. Consultado el 4 de abril de 2018. <http://www.seguridad.gob.sv/institucion/estructura-organizativa/direccion-general-de-centros-penales/>

Dirección General de Migración y Extranjería. *Misión, Visión, Valores y Principios.* El Salvador. Consultada el 4 de abril de 2018. <http://www.migracion.gob.sv/institucion/mision-vision-valores-y-principios/>

Enciclopedia Culturalia. *¿Cuál es el Significado de Abandono, Concepto, Definición, Qué es Abandono? Artículo.* Publicado el 8 de octubre 2012. Consultado el 20 de junio de 2017. <https://edukavital.blogspot.com/2012/10/concepto-de-abandono.html>

Enciclopedia Jurídica. *Principio de Contradicción.* Diccionario consultado en marzo 2018. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/principio-de-contradicc%C3%B3n/principio-de-contradicc%C3%B3n.htm>

Findlaw. *Abandono de niños.* Consultado el 12 de junio de 2017. <http://espanol.findlaw.com/ley-penal/abandono-de-ninos.html>

Fiscalía General de la República. *Historia.* Edición 2016. Consultado el 4 de abril de 2018. <http://www.fiscalia.gob.sv/historia/>

González Bonilla, Rodolfo Ernesto. Magistrado de la Sala de lo Constitucional. *Procesos Constitucionales de Protección de los Derechos Fundamentales.* Ponencia. República de El Salvador. Visitado el 20 de agosto de 2017. [https://www.cijc.org/actividades/CartagenaIndias2013 / Ponencias/El%20Salvador-Procesos%20constitucionales%20de%20protecci%C3%B3n.pdf](https://www.cijc.org/actividades/CartagenaIndias2013/Ponencias/El%20Salvador-Procesos%20constitucionales%20de%20protecci%C3%B3n.pdf)

Justicia de Cerca. *Instituto de Medicina Legal.* El Salvador, Junio 2016. Consultada el 4 de abril de 2018. http://www.csj.gob.sv/Comunicaciones/2016/06_JUNIO/IMAGES/Justicia_Cerca_19.pdf

Luna, Oscar Humberto. *El Debido Proceso Penal,* Sitio Web Diario Colatino, entrada del 08 de marzo de 2004, consultado 10 de septiembre de 2017. www.diariocolatino.com/es/20040308/opiniones/opiniones_20040308.

Procuraduría General de la República. *Quienes somos .* Edición Julio 2012. Consultado 10 de abril de 2018. <http://www.pgr.gob.sv/quienessomos.html#gsc.tab=0>

Procuraduría General de la República, *Oficina para Adopciones de El Salvador.* Edición de Julio 2012. Consultada el 4 de abril de 2018. <http://www.pgr.gob.sv/ado.html#gsc.tab=0>

Registro Nacional de las Personas Naturales. *Historia.* El Salvador. Consultada el 4 de abril de 2018. <https://www.rnppn.gob.sv/historia/>

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. *Sentencia de Habeas Corpus. Referencia 243-2002.* El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2002. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/DocumentosBoveda/D/1/2000-2009/2003/03/1C64.PDF>

Trabajos de Derecho. *El Abandono de Niños.* Editorial Azauje. Consultada en 30 Julio 2017. http://actualidad-juridica2012.blogspot.com/2012/09/v-behaviorurldefaultvmlo_27.html

ANEXOS

Guía de entrevista.

A) Temáticas a abordar:

Declaratoria de Abandono.

- ¿En qué consiste la Declaratoria de Abandono y cómo se inicia el procedimiento para declarar en abandono a un niño, niña o adolescente?
- Las instituciones que intervienen en el procedimiento para declarar el abandono ¿Qué métodos utilizan para verificar el paradero del padre o madre biológica del niño, niña o adolescente?
- ¿existe algún mecanismo por medio del cual un padre o madre biológica pueda hacer valer sus derechos sobre el niño, niña o adolescente una vez declarado el estado de abandono?

Ley Especial de adopciones.

- La Ley Especial de Adopciones actualmente ha establecido un plazo para la declaratoria de abandono sin causa justificada, ¿considera que es un plazo suficiente para llevar a cabo una investigación eficaz?
- ¿Considera usted que debería existir una mayor intervención judicial en el procedimiento para declarar en abandono a un niño, niña o adolescente?

- ¿Se ha tramitado una declaratoria de abandono según la Ley Especial de Adopciones?

El debido proceso.

- Ante la inmediatez con la cual la Ley de Adopciones plantea la declaratoria de abandono ¿considera que da cumplimiento al debido proceso, agotando así las instancias correspondientes y respetando los derechos y garantías que el debido proceso engloba?