

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.**



**“CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO Y
SU EJERCICIO”**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PARA OPTAR AL GRADO DE:
LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS.**

PRESENTAN:

JACKELIN JOHANNA MAJANO RIVERA

ELBA ISOLINA RIVERA RAMÍREZ

SANDRA NOHEMY VANEGAS FLORES

DOCENTE ASESOR:

LICENCIADO JUAN ANTONIO BURUCA GARCÍA.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN MIGUEL, JUNIO 2021.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR.

AUTORIDADES UNIVERSITARIAS:

MCS. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO.

RECTOR.

DR. RAÚL ERNESTO AZCÚNAGA LÓPEZ.

VICERRECTOR ACADÉMICO.

ING. JUAN ROSA QUINTANILLA.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO.

ING. FRANCISCO ANTONIO ALARCÓN SANDOVAL.

SECRETARIO GENERAL.

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN.

FISCAL GENERAL.

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL.**AUTORIDADES:**

LIC. CRISTÓBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ.

DECANO.

LIC. ÓSCAR VILLALOBOS.

VICE-DECANO.

LIC. ISRAEL LÓPEZ MIRANDA.

SECRETARIO EN FUNCIONES.

MTRO. JORGE PASTOR FUENTES CABRERA.

DIRECTOR GENERAL DEL PROCESO DE GRADUACIÓN.

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL
DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

AUTORIDADES:

LIC. JOSÉ PEDRO CRUZ CRUZ.

JEFE DE DEPARTAMENTO EN FUNCIONES.

LIC. JOSÉ PEDRO CRUZ CRUZ.

COORDINADOR GENERAL DE PROCESO DE GRADUACIÓN.

LIC. JUAN ANTONIO BURUCA GARCÍA.

DIRECTOR DE CONTENIDO.

LIC. CARLOS ARMANDO SARAVIA SEGOVIA.

ASESOR METODOLÓGICO.

AGRADECIMIENTOS.

A DIOS TODO PODEROSO por darme la oportunidad de culminar mi carrera con éxito pese a los obstáculos, brindándome la oportunidad de lograr un grado académico del cual me siento orgullosa y segura que será de provecho y prosperidad en mi porvenir.

A MIS PADRES NOÉ ANTONIO MAJANO GUEVARA Y BLANCA SUSANA RIVERA RIVERA por brindarme su ayuda y confianza para el desarrollo de mi carrera, por su apoyo y comprensión en todo momento, por nunca dejar que me rindiera pese a las circunstancias.

A MIS HERMANOS JENMY VANESSA RIVERA, BRAYAN ANTHONY MAJANO RIVERA Y GABRILEA NOEMY MAJANO RIVERA por brindarme su apoyo y ánimo cuando ya no podía, por siempre estar ahí cuando más los necesitaba durante toda mi carrera.

A MI NOVIO NELSON GABRIEL SANCHEZ MARTÍNEZ por estar siempre ahí cuando lo necesitaba, dando aminos y ayudándome con sus palabras a que si lo podía lograr, si me lo propondría.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS ELBA ISOLINA RIVERA RAMÍREZ Y SANDRA NOHEMY VANEGAS FLORES por permitirme trabajar mano a mano con ellas, hasta conformar un equipo con metas comunes y así lograr nuestro objetivo.

Finalmente, a todas aquellas personas y amigos que de una u otra forma estuvieron brindándome su ayuda y comprensión en los momentos que más lo necesite, MIL GRACIAS.

JACKELIN JOHANNA MAJANO RIVERA.

AGRADECIMIENTOS.

A **Dios** se dirige mi agradecimiento más profundo que con tanto amor nunca me ha abandonado y siempre me ha brindado luz en medio de la oscuridad sabiendo que soy un ser imperfecto que se equivoca día con día pero aun así soy muy amada y bendecida por él, porque cuando he orado él me ha escuchado y respondido, porque cuando quise rendirme él me habría caminos y oportunidades, porque cuando sentí que ya no podía más él sanó mis heridas y renací en su gracia e infinita bondad, gracias por la fuerza y valentía de perseguir mis sueños de tu mano.

A **mi Mamá** que hace trece años no está en mi vida físicamente, pero ha sido un pensamiento constante lleno de inspiración y compromiso, solo tu recuerdo me hace sentir fuerte y obstinada como tú lo eras, hoy quiero dedicarte con todo mi corazón este logro para que sepas lo que tu existencia significo para mí y que aunque no te pueda ver, ni abrazar en mi mente estarás celebrando con tu hermosa sonrisa todas mis alegrías que siempre llevaran tu nombre te amo **Milagro de la Paz Ramírez Díaz**.

A **mi Papá Juan Rivera Guardado** que nunca me ha dejado sola, y que siempre se esfuerza para enseñarme a superar cada obstáculo, por valiente, humilde, sincero, noble de principios y de buen corazón, por su preocupación por mí, por sus oraciones y por sus deseos hacia mí, a mi Papá que le toco reparar su corazón ininidad de veces para cumplir con sus responsabilidades, por dejarme volar y regresar a casa con la confianza y respeto por mis decisiones, mil gracias por ser mi motivo para seguir y por llenar mi vida con tu energía y tu maravillosa presencia.

A **mi Tía Rossana Anayancy Perla Flores** por ser mi mejor amiga y mi gran ejemplo, una mujer a la que admiro grandemente no solo por ser independiente, segura de sí

misma y capaz de lograr todo lo que se propone, sino también por ser una gran madre, brindar un amor tan genuino y único, una gran persona con un corazón bondadoso, una mujer hermosa por dentro y por fuera, y porque cuando pienso en ella me siento afortunada, gracias por enseñarme a valorarme, a no rendirme y a ver la vida como una oportunidad de crecer, gracias por ser ese apoyo incondicional, por las palabras de ánimos, los consejos y por toda la confianza de creer en mí, le dedico con mucho cariño este logro que juntas iniciamos, recorrimos y concluimos gracias por ser parte de mi vida.

A mi Hermana Laura Anayancy Parada Perla por todo su apoyo, su dulzura y sensibilidad, por entenderme y enseñarme a ver el mundo de otra manera, por ser una persona maravillosa, tierna, inclusiva y protectora, gracias por ser un gran ejemplo para mí y por brindarme todo tu cariño, te quiero.

A mi Hermano Jesús Humberto Parada Perla por ser un ejemplo de superación y dedicación para mí y aunque es el menor ha sabido sobresalir en las cosas que le apasionan.

A mi Familia por ser parte muy significativa de mi infancia y de mi vida.

A mis Amigos Ana Cecilia Domínguez Guevara, Elda Ermelinda Gómez Pereira, José Fernando Romero Hernández, Xiomara Josefina Carranza, Oscar Alexander Cardona, Rene Oswaldo Morejón, Julio Cesar González, Cindy Lourdes Alfaro, José Adalberto Ferrufino, Iliana Mabel Isleño, Gustavo José Reyes, por estar siempre para mí, por la paciencia en momentos de estrés, gracias por su comprensión y apoyo cuando lo necesite, por escucharme y entenderme gracias por ser cada uno especial a su manera y marcar mi vida con cada acto de lealtad y aprecio hacia mi persona.

A mis Compañeras de Tesis Jackelin Johanna Majano Rivera y Sandra Nohemy Vanegas Flores por ser un gran equipo y apoyarnos en esta trayectoria, por buscar siempre

las soluciones adecuadas y trabajar de la mejor manera, por su responsabilidad, comprensión y dedicación.

A mi Asesor de Tesis por brindarnos su tiempo y lograr la culminación de este proyecto de investigación.

A Todas las Personas que a lo largo de mi vida han creído en mí, y me han apoyado con algún consejo, palabras de ánimo o cualquier acción que me ayudo en mi vida de corazón, muchas gracias.

Elba Isolina Rivera Ramírez.

AGRADECIMIENTOS.

A Dios Todopoderoso. Porque siempre derrama bendiciones sobre mi vida, quien me da la sabiduría, inteligencia y fortaleza en los momentos difíciles y sobre todo por haberme permitido culminar mi carrera, porque sin su ayuda no lo hubiese logrado.

A mis padres. Quienes me brindaron en todo momento su apoyo en este largo camino, en especial a mi papá **Marcos Vanegas (QEPD)** que donde se encuentre ha de estar orgulloso de ver como logré culminar mi carrera con éxito.

A mis hermanos y hermanas. En especial a **Luis Flores**, gracias por darme su apoyo en todo momento, y aportar su granito de arena a lo largo de mi vida, sé que para ustedes también ha significado un sacrificio y sé que comparten mis tristezas y alegrías.

A mis tías. En especial a **Elsy Flores** por ser la persona que me apoyó y me dió sus sabios consejos que me ayudaron a seguir y a impulsarme en los momentos difíciles.

A mis amigas. Que siempre estuvieron conmigo de manera incondicional y fueron compañeras de estudio y aventuras.

A mis compañeras de tesis. **Isolina Rivera** y **Johanna Majano**. Por todo el tiempo compartido a lo largo de la carrera, por los momentos agradables compartidos y por los no tan gratos, por su comprensión, esfuerzo, dedicación y compromiso; por el cariño y paciencia que fue necesaria durante largas jornadas de trabajo, para superar tantos momentos difíciles.

A nuestro asesor de contenido **Lic. Juan Antonio Buruca** y al asesor metodológico **Lic. Carlos Armando Saravia**, por su voluntad de enseñanza, paciencia y comprensión durante el proceso de graduación.

A todos los que creyeron en mí e hicieron de esa forma que tenga las fuerzas suficientes para superar cualquier obstáculo y a todos los que de una forma u otra me ayudaron a lograr hoy un gran objetivo.

Sandra Nohemy Vanegas Flores.

INDICE.

SIGLAS Y ABREVIATURAS.	15
RESUMEN.	17
ABSTRACT.	18
INTRODUCCIÓN.	18
CAPITULO I.	21
1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	22
<i>1.1.1 Situación Problemática.</i>	<i>22</i>
<i>1.1.2 Antecedentes del Problema.</i>	<i>25</i>
<i>1.1.3 Formulación del problema.</i>	<i>29</i>
<i>1.1.4 Enunciado del Problema.</i>	<i>31</i>
<i>1.1.5 JUSTIFICACIÓN.</i>	<i>32</i>
1.2 OBJETIVOS.	35
<i>1.2.1 OBJETIVO GENERAL:</i>	<i>35</i>
<i>1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</i>	<i>35</i>
1.3 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN.	35
<i>1.3.1 ALCANCE DOCTRINARIO.</i>	<i>36</i>
<i>1.3.2 ALCANCE JURÍDICO.</i>	<i>38</i>
<i>1.3.3 ALCANCE TEÓRICO.</i>	<i>41</i>
<i>1.3.4 ALCANCE TEMPORAL.</i>	<i>43</i>
<i>1.3.5 ALCANCE ESPACIAL.</i>	<i>44</i>

1.4 SISTEMA DE HIPÓTESIS.....	44
<i>1.4.1 Hipótesis General.....</i>	<i>44</i>
<i>1.4.2 Hipótesis Específicas.....</i>	<i>44</i>
1.4.3 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.....	46
CAPITULO II.....	50
2.1 Evolución Histórica del Niño como Sujeto de Derecho.....	51
<i>2.1.1 Resumen de Antecedentes a la Protección Integral de los Derechos de la Niñez.....</i>	<i>51</i>
<i>2.1.2 La Convención sobre los Derechos del Niño y el cambio de paradigma.....</i>	<i>56</i>
<i>2.1.3 Las Providencias o Medidas de Efectividad de la Convención sobre los Derechos del Niño.....</i>	<i>61</i>
<i>2.1.4 Los Derechos y Garantías de la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes en El Salvador.....</i>	<i>75</i>
2.2 Aspectos Generales de la Capacidad Progresiva de Niño, Niña y Adolescente y sus Garantías Procesales.....	82
<i>2.2.1 Doctrinas y Teorías Evolutivas de la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes.....</i>	<i>82</i>
<i>2.2.2 Principios de Protección Integral a los Derechos de la Niñez y Adolescencia.....</i>	<i>102</i>
<i>2.2.3 Ejercicio de la Capacidad Progresiva de las Facultades.....</i>	<i>120</i>
<i>2.2.4 La Capacidad Progresiva como Premisa para la Capacidad de Obrar.....</i>	<i>126</i>
<i>2.2.5 Capacidad Jurídica Procesal de los Niños, Niñas y Adolescentes.....</i>	<i>139</i>
2.3 Marco Regulatorio y Sistema Internacional.....	163
2.4 Sistema Internacional.....	163
<i>2.4.1 Declaración de los Derechos del Niño (CDN).....</i>	<i>163</i>

2.4.2 <i>Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)</i>	164
2.4.3 <i>Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)</i>	165
2.4.4 <i>Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH)</i>	167
2.4.5 <i>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)</i>	169
2.4.6 <i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)</i>	170
2.5 Sistema Nacional.....	171
2.5.1 <i>Constitución de la República de El Salvador (CN)</i>	171
2.5.2 <i>Leyes Secundarias</i>	172
2.5.3 <i>Ley Procesal de Familia (LPF)</i>	177
2.5.4 <i>Ley contra la Violencia Intrafamiliar (LCVF)</i>	181
2.5.4 <i>Ley Penal Juvenil (LPJ)</i>	183
2.5.6 <i>Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA)</i>	185
CAPITULO III	194
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS DE INVESTIGACIÓN DE CAMPO	195
3.1 RESULTADO DE LAS ENTREVISTAS NO ESTRUCTURADAS	195
3.2 Verificación de Hipótesis	219
3.3 Logro de Objetivos	226
CAPITULO IV	231
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	232
4.1 CONCLUSIONES GENERALES	232
4.1.1 <i>Conclusiones Específicas</i>	233

<i>4.1.2 Conclusiones Jurídicas.</i>	236
<i>4.1.3 Conclusiones Culturales.</i>	238
4.2 Recomendaciones.	240
BIBLIOGRAFÍA.	245
ANEXOS.	251

SIGLAS Y ABREVIATURAS.**SIGLAS:**

CC	Código Civil.
CF	Código de Familia.
CP	Código Penal.
CPCYM	Código Procesal Civil y Mercantil.
CPP	Código Procesal Penal.
CONNA	Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.
CADH	Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
CDN	Convención de los Derechos del Niño.
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos.
FGR	Fiscalía General de la Republica.
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.
ISNA	Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia.
LCVF	Ley Contra la Violencia Intrafamiliar.
LEPINA	Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia.
LPJ	Ley Penal Juvenil.
LPF	Ley Procesal de Familia.

ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
PGR	Procuraduría General de la Republica.
PDDH	Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
PNC	Policía Nacional Civil.
PNPNA	Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.
CRIN	Red de Información de los Derechos del Niño.
SDN	Sociedad de las Naciones.

ABREVIATURAS:

ART	Artículo.
CN	Constitución.
INC	Inciso.
NNA	Niños, Niñas y Adolescentes.

RESUMEN.

La niñez y la adolescencia son una construcción histórica que se ha ido modificando según las necesidades que enfrenta este grupo etario, antes eran considerados como objetos de protección, como seres con desarrollo incompleto y absolutamente incapaces en cuanto al ejercicio de sus Derechos, con la presente investigación se pretende determinar a la luz de la Doctrina de Protección Integral, el cambio de paradigma; visualizar a los niños, niñas y adolescentes como personas en desarrollo, menores de dieciocho, reconocidos y respetados con igualdad de Derechos y condiciones que los adultos, es por ello que se busca crear niños capaces, titulares de Derechos; se asume el compromiso de posicionar al niño como un sujeto activo que puede intervenir en un proceso ya sea judicial o administrativo ante cualquier vulneración independientemente que no cuente con la mayoría de edad, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia brinda un catálogo de mecanismos y garantías para dotar al niño de Capacidad Jurídica Procesal y Legitimación Activa evolucionando así su protección y protagonismo entendiendo que la eficaz protección del interés superior del niño debe brindarse mediante la intervención del Estado, la familia y la sociedad, a través de instituciones, planes, programas, políticas, tratos afectivos y cuidados especiales que faculta el buen desarrollo progresivo de los niñas, niños y adolescentes lo que genera un nivel de comprensión sobre su rol como sujetos de Derechos.

Palabras Claves: Capacidad Progresiva, Derechos de los Niños, Protección Integral, Capacidad Jurídica Procesal, Legitimación Activa.

ABSTRACT.

Childhood and adolescence are a historical construction that has been modified according to the needs faced by this age group, before they were considered as objects of protection, as beings with incomplete development and absolutely incapable in terms of the exercise of their Rights, with the present The research is intended to determine in the light of the Comprehensive Protection Doctrine, the paradigm shift; visualize children and adolescents as developing people, under eighteen, recognized and respected with equal rights and conditions as adults, that is why it seeks to create capable children, rights holders; The commitment is assumed to position the child as an active subject that can intervene in a process, whether judicial or administrative, in the event of any violation regardless of the age of majority, the Law for the Comprehensive Protection of Children and Adolescents provides a catalog of Mechanisms and guarantees to provide the child with Procedural Legal Capacity and Active Legitimation, thus evolving its protection and protagonism, understanding that the effective protection of the best interests of the child must be provided through the intervention of the State, the family and society, through institutions, plans , programs, policies, affective treatment and special care that enables the good progressive development of girls, boys and adolescents, which generates a level of understanding about their role as subjects of Rights.

Key Words: Progressive Capacity, Children's Rights, Comprehensive Protection, Procedural Legal Capacity, Active Legitimation.

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de grado tiene como finalidad primordial investigar sobre la capacidad progresiva del niño como sujeto de derecho y su ejercicio, en primer momento se encuentra el ámbito internacional para después enfocarnos en la realidad salvadoreña. Abordaremos los derechos que los niños, niñas y adolescentes poseen, los cuales han ido evolucionando a lo largo de la historia, alcanzados a través de diversas luchas, tratados y leyes, que le han permitido al niño, niña y adolescente colocarse en un plano de igualdad jurídica frente a la sociedad; siendo como trascendental que los niños, niñas y adolescentes puedan ejercer sus derechos por sí mismos en la sociedad. Diferentes instrumentos jurídicos, han sido adaptados y ratificados por El Salvador, con el cual se logra crear la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA); siendo este instrumento jurídico el que reúne los derechos de los niños, niñas y adolescentes en nuestro país. Es por ello que esta investigación va enfocada en analizar la LEPINA, orientada para reconocer la capacidad progresiva y el pleno ejercicio de sus derechos cuando éstos se encuentran inmersos en un proceso judicial derivado de alguna vulneración de sus derechos o quieran hacer uso de sus facultades.

La investigación está compuesta en cuatro capítulos, en los cuales se reúnen los resultados teóricos, empíricos y prácticos de la investigación cuyo contenido se resume de la siguiente manera.

CAPÍTULO I: presentación del proyecto de investigación que comprende primordialmente en que se basa la investigación: los objetivos, hipótesis y directrices que dirigen el trabajo de investigación g enfocados en la “capacidad progresiva del NNA y el ejercicio de sus derechos” que se encuentra establecido en el Art. 10 y 14 de la Ley de Protección Integral de la

Niñez y Adolescencia, desde la perspectiva de la jurisdicción especializada de la ciudad de San Miguel.

CAPÍTULO II: desarrolla la evolución del derecho de los niños, niñas y adolescentes a lo largo de la historia y su reconocimiento en las ciencias jurídicas, siendo un acontecimiento histórico la lucha que se ha tenido para los niños, niñas y adolescentes a lo largo de las épocas, hasta para el reconocimiento de sus derechos en el ámbito legal, a favor de los niños, niñas y adolescentes, este reconocimiento se dio a través de las diferentes convenciones, que son instrumentos jurídicos que definen el trayecto del problema de reconocimiento de sus derechos entre ellos tenemos: Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH), Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), Declaración de los derechos del niño o llamada también declaración de Ginebra (CDN); convenios que fueron ratificados por el Salvador y que sirven como base para la creación de leyes a beneficio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, derechos que en nuestro país se protegen a través del derecho de igualdad que se encuentra consagrado en la Constitución de la República y la LEPINA, en los cuales se destacan la importante labor de las instituciones gubernamentales en la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en El Salvador.

CAPÍTULO III: se va a desarrollar lo relacionado a la presentación, análisis e interpretación de datos de la investigación; se presentarán los resultados que se obtuvieron de las investigaciones, en cuanto a la recolección de los datos e información a través de las entrevistas que se realizaron a especialistas en materia de la niñez y adolescencia, profesionales que conocen de primera mano el sistema de protección integral, propiciando la capacidad progresiva y el ejercicio de sus derechos.

CAPÍTULO IV: se forma una serie de conclusiones, derivadas de la obtención de la información recabada a lo largo de la presente investigación, así como las recomendaciones pertinentes dirigidas a diferentes instituciones garantes y actores sociales para el efectivo cumplimiento de la capacidad progresiva y el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en El Salvador. Conclusiones y recomendaciones que estarán apegadas a los objetivos trazados en el inicio de la investigación.

CAPITULO I.

1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1.1.1 Situación Problemática.

Nuestra Constitución de la República, emprende el abordaje de los derechos de niños, niñas y adolescentes, básicamente¹, al establecer 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. A la luz de la Doctrina de Protección Integral, considerar a niños, niñas y adolescentes como personas carentes de toda racionalidad, que es el equivalente de calificarlos incapaces plenos y absolutos legalmente, es incoherente e incompatible con los descubrimientos efectuados y alcanzados, cuyos principales planteamientos consisten en afirmar que a medida que el ser humano crece y se desarrolla como persona, adquiere progresivamente capacidad para tomar sus propias decisiones y ejecutar acciones en base a ellas.

Siguiendo con la línea medular del presente trabajo, donde se plantea trabajar con dos variables, estas son el tema de la capacidad progresiva del niño y la participación que ellos requieran tener mediante su ejercicio. De este modo debe reconocerse que el niño y el adolescente, se encuentran en una etapa particular de su vida, por encontrarse en un proceso propio de su desarrollo, por lo cual debe de preservarse en su integridad, en salvaguardar no solo de sus propios y actuales derechos, sino de los intereses de la comunidad que ellos deben formar y participar.

Por ello, aparece como propicio, analizar las relaciones entre necesidades y derechos en la infancia y la adolescencia, la que se encuentra en relación con el principio de capacidad progresiva regulado por las nuevas normativas. Discutir esas necesidades es suficiente para justificar que las personas que no pueden reclamar sus derechos, son igualmente titulares de

¹ Capítulo II, “Derechos Sociales”, del Título II “Los Derechos y Garantías Fundamentales de la Persona”, concretamente en los artículos 34, 35 y 36 de la Constitución de la República.

ellos. Esto es evidente en el caso de los niños cuyas necesidades justifican que deban ser considerados sujetos de derechos desde el nacimiento. Para ello se utiliza el discurso que desde la filosofía del derecho sitúa las necesidades como fundamento moral de los derechos.

Por ello y en virtud de resaltar la capacidad de los niños, aparece el artículo 12, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño², de esta manera la Convención recepta el principio de ejercicio progresivo de los derechos por parte de los niños. Junto a esta normativa no debemos olvidar lo estipulado en el artículo 5, inciso 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia³, este principio es uno de los más innovadores de la Convención y se basa en el reconocimiento de la capacidad evolutiva de cada niño, niña y adolescente, en la comprensión de que, con su progresiva maduración y autonomía, el nivel de abstracción, de expresión, de independencia y de pensamiento, se vuelve paulatinamente superior y más complejo.

Esto último, viene a recalcar que el sujeto de los derechos reconocidos en la Convención es el niño, puesto que es él quien debe ejercer esos derechos. Con la introducción de la noción sobre la evolución de facultades, la Convención ha evadido disponer topes de edad o dar definiciones de madurez arbitrarios. Este concepto clave reconoce que el desarrollo del niño hacia la independencia adulta debe ser respetado y promovido a lo largo de toda la infancia, no obstante, ello, se carece de información acerca del ejercicio actual de dicha capacidad jurídica

² El artículo 12, inciso 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: "Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresarse su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez".

³ El artículo 5, inciso 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece: "Los derechos, garantías y obligaciones reconocidos en la presente Ley son aplicables a toda persona desde el instante de la concepción hasta que cumpla los dieciocho años de edad, y serán ejercidos directamente por las niñas, niños y adolescentes, tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de su madre y padre y las limitaciones establecidas en la presente Ley."

procesal otorgada a este sector de la sociedad, por ser, relativamente reciente, la entrada en vigencia de la ley en comento.

Todo lo anterior relacionado con el problema del niño, niña y adolescente visto como un objeto de la autoridad parental donde esta correspondía a los padres, que obtenían el ejercicio pleno de los derechos del niño sin importar sus intereses, no obstante su beneficio no se destacó como idea primaria que garantizara su bienestar o una protección integral; pero con la Convención sobre los Derechos del Niño se abrió paso a un nuevo concepto de autoridad parental donde se consignan los derechos fundamentales de los menores y sobre todo reconocerlos como objetos de especial atención, o más bien como sujetos en desarrollo de sus facultades, estableciéndose como derechos del niño, recibir educación, respeto a su dignidad, protección de su identidad, y una correcta administración de sus bienes, propiciando una efectiva representación de los hijos en los actos judiciales o extrajudiciales en que deberían intervenir, teniendo en cuenta que no será una representación técnica, como la postulación del abogado, sino una representación asistencial que integre la capacidad jurídica de los hijos que no han alcanzado la mayoría de edad, considerándose como deber de los padres todo lo relativo a la orientación, cuidado personal, asistencia, entre otros. Así como también derechos de corrección que fomenten el desarrollo óptimo de sus hijos e hijas es decir que la autoridad parental dejó de ser un autoritarismo de la represión y de conductas que configuran violación de algún derecho que poseen los niños, niñas y adolescentes, en resumen, podemos decir que esta figura se desarrolla bajo los parámetros del principio de corresponsabilidad según establece el artículo trece de la LEPINA.

Así como también podemos hacer mención de otros artículos de la misma regulación que hacen alusión a la responsabilidad compartida que impone obligaciones entre el Estado y la

familia entre ellos podemos destacar los siguientes artículos: nueve, catorce, dieciocho, veinte y veintisiete, los cuales buscan asegurar condiciones objetivas a los padres para que puedan cumplir su obligación especialmente a los derechos de supervivencia y desarrollo; en el ejercicio de la autoridad parental los padres deben asumir derechos y deberes para la protección integral de sus hijos. Estos preceptos legales también responsabilizan a la sociedad por su parte al cumplimiento de los derechos de los niños y en tal sentido se convierte en un vigilante con el deber de demandar su cumplimiento o restitución según sea el caso, de esa forma es obligación del Estado, los padres, dirigentes comunitarios, organizaciones sociales no gubernamentales y de la población en general exigir la plena vigencia y respeto de los derechos de los niños.

1.1.2 Antecedentes del Problema.

En el devenir histórico, los Estados han ideado diversas formas de respuesta a los problemas sociales, especialmente, al fenómeno social de estado de vulneración o amenaza a derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes; razón por la cual, se han creado diversos sistemas doctrinarios para otorgar una solución adecuada a los diferentes problemas que enfrenta dicho sector en la sociedad; siendo el primero de ellos, por su importancia sociológica y jurídica el denominado Modelo Tutelar, es decir, aquel en el que los niños eran vistos como objetos y no sujetos de derecho, dicha institución se encontraba regulada en beneficio del padre y significaba un privilegio o poder el cual lo investía de un carácter absoluto pues el padre era quien tenía el poder vitalicio de decisión sobre los hijos.

En la legislación salvadoreña se realizaron sustanciales modificaciones con la creación y promulgación del Código de Familia pues se cambió la denominación de patria potestad por autoridad parental considerándose actualmente como una función social encomendada a los padres para beneficio de los hijos, admitiéndose la fiscalización del Estado en el ejercicio de la

Autoridad Parental. Todo lo anterior viene a reflejar la idea de que las facultades conferidas por la ley a los padres, deben ponerlas al servicio del interés superior de los hijos, partiendo de que dichos deberes han de ser compartidos por ambos padres en un plano de igualdad.

Debido a esta figura jurídica muchos padres a quienes le corresponde ejercerla lo hacen de manera que atenta contra los intereses y derechos que a sus hijos les corresponde, ya sea corrompiéndolos o suplantando el Estado Familiar de sus hijos todo con un propósito para obtener mayores ingresos o para lucrarse de ellos debido a que con dicha Autoridad solo ven al hijo como un objeto que va evolucionando y no como un sujeto de derechos. A través de la evolución que ha tenido, uno de los mayores logros que se obtuvo fue que los padres que no la ejercieran de una manera adecuada, estos perdieran dicha autoridad específicamente lo que regula el Artículo 240 del Código de Familia actualmente en sus causales:

1ª) Cuando corrompiera a alguno de ellos o promoviere o facilitare su corrupción.

2ª) Cuando incurrieren en alguna de las conductas indicadas en el Art. 164 del Código de Familia. Que habla de fraude de falso parto o de suplantación. Teniendo como sanción jurídica la Perdida de La Autoridad Parental.

Tomando en cuenta que anteriormente, la doctrina de este modelo tutelar, dividía profundamente a la infancia en categorías sociales; por una parte, los niños, aquellos que tienen satisfechas sus necesidades y derechos, los que no tienen problemas y carencias sociales, es decir, los que pertenecen o eran incluidos a las categorías sociales privilegiadas; y, por la otra parte, los menores, que son excluidos de la justicia social y del cumplimiento de los más elementales derechos humanos como son la educación, la salud, asistencia médica y social, la familia, entre otros. La incapacidad social de estos últimos resultaba entonces motivo pleno y suficiente para la declaratoria de su tutelaje por parte del Estado.

La función que antes ejercía el Estado en el modelo de la situación irregular, se constituía como paternalista, pues se les veía a estos, como objetos y no como sujetos de derecho, como se ha mencionado anteriormente, ya que estos al no tener una vida digna y adecuada para formarse como personas de bien, se les institucionalizaba, al encontrarse expuestos por cualquier circunstancia de riesgo en las calles, se recogían y se albergaban en casas hogares, pero no por el bien de ellos, sino, más bien, para beneficiar a la sociedad de posibles personas que se convertirían en agresores de la Ley.

Ante esto, el sistema de protección integral, creado por la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia, realiza cambios importantes, al reconocerles libertad de expresarse, y una participación activa en la toma de decisiones sobre su situación jurídica, como un derecho que protege a la niñez y adolescencia salvadoreña, ubicándose como una rama del Derecho Público, en términos más actuales, como parte del llamado Derecho Social, constituyéndose éste como el conjunto de normas destinadas a la protección de sectores más vulnerables, débiles e indefensos de la población, en este caso, niños, niñas y adolescentes. No obstante, lo anterior, es el 10 de julio de 1990 que con la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño⁴, surgen normas que regulan el funcionamiento de una nueva plataforma jurídica institucional que tiene por objeto la protección de los derechos de las personas menores de edad, debiendo tener en cuenta que el objetivo último que persigue la Convención es integrar a aquellas, como sujetos de pleno derecho del pacto social. Sin desconocer que las mismas han de ser merecedoras de una protección especial. De esta forma se estructura un marco jurídico que coloca a las personas menores de edad en la condición de ciudadanos en desarrollo, con todo lo que implica.

⁴ Decreto Legislativo N° 487/1990 Aprueba La Convención sobre los Derechos del Niño Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Reconocida la condición de sujetos partícipes de la vida social y política, de seres progresivamente autónomos y responsables, las personas menores de edad han de contar con una especial protección en el ejercicio de sus derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. Por eso es que, se inicia en el país un proceso de adecuaciones institucionales y legales tendientes a la dignificación de la niñez y adolescencia, marcado por la transición de la visión del niño como sujeto pasivo de protección y cuidado, hacia una concepción de los niños, niñas y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos, obligaciones, libertades y garantías específicas, plasmadas en cuerpos normativos especiales como es el caso de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

Con la entrada en vigencia de la mencionada norma, es decir, el 16 de abril de 2010, la respuesta del Estado ante la problemática social es percibir a los niños, niñas y adolescentes como sujetos capaces y en proceso de evolución, lo que conlleva la denominada Capacidad Jurídica, que comprende aquella competitividad que posee una persona al adquirir tanto derechos como obligaciones, constituir actos jurídicos y hacer valer estos frente a los demás.

Se puede atribuir capacidad jurídica a los niños, niñas y adolescentes, desde la perspectiva de la ley antes mencionada, ya que se establece en la misma una serie de garantías y obligaciones que son aplicables a toda persona desde el instante de su concepción, hasta que se cumpla dieciocho años de edad y serán ejercidos directamente por los niños, niñas y adolescentes, tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, con la dirección apropiada de su padre y madre y las limitaciones que establece dicha ley.

Es aquí donde viene a tomar un papel fundamental la legitimación activa debido a que en este término se entiende la cualidad de un sujeto consistente en hallarse dentro de una situación jurídica determinada en la posición que fundamenta según el Derecho, el reconocimiento de una

protección que ejercita la exigencia, precisamente respecto del contenido de una pretensión, siendo esta una capacidad jurídica procesal de los niños, niñas y adolescentes estableciéndose en el artículo 218 de la citada ley, expresamente las formas en que podrán intervenir en los procesos establecidos. Asimismo, lo establecido en el Artículo 219 de la LEPINA se encuentra legitimados para requerir la protección judicial de los derechos de la niñez y de la adolescencia:

- a) La niña, niño o adolescente cuyos derechos han sido amenazados o vulnerados;
- b) La madre, padre u otro representante legalmente facultado de la niña, niño o adolescente afectado, así como sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- c) El Procurador General de la República; y,
- d) El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

1.1.3 Formulación del problema.

El enfoque de protección integral considera a los niños y adolescentes como sujetos de derecho y como personas en desarrollo, que gozan de todos los derechos como ciudadanos, lo que en términos concretos significa que se reconocen sus necesidades de forma urgente, por lo que el estado obliga no solo a satisfacer estas necesidades de los niños, niñas y adolescentes, sino también a intervenir en las circunstancias en las que estos derechos estén siendo vulnerados, lo que trae aparejada consigo la adopción de medidas de carácter administrativo y legislativo⁵ que conduzcan a la efectividad, goce y disfrute real de los derechos humanos que afianza el principio

⁵ Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del niño, establece que: “Los estados Partes adoptaran todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (Principio de efectividad) y “En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Parte adoptaran esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional (Principio de prioridad absoluta)”

de no discriminación⁶ y uno de sus principales logros es el reconocimiento de que todas las personas deben ser incluidas, entre ellos los niños.

El Estado debe de promover y garantizar su efectiva protección igualitaria la cual reconoce a su vez la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de cierto grupo de personas como lo son los niños, siendo estos titulares de derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República, instrumentos internacionales y demás leyes, así como también en instrumentos especiales y generales de derechos humanos tanto de alcance regional como universal lo que significa que todo niño a la luz del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, posee la capacidad jurídica procesal para ejercer sus derechos, en toda etapa de los procesos previstos por la ley a través de cada uno de los mecanismos que la misma prevé.

Ahora bien ubicándonos en el contexto de nuestra realidad nos cuestionamos ¿La medida en que se aplica la capacidad progresiva del niño en la realidad jurídica? es decir si se ejerce esta, en los procesos ventilados en los respectivos Juzgados de Familia de la Ciudad de San Miguel; así como también en el Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de la misma Jurisdicción, no solo como un derecho sustantivo si no como parámetro para determinar la capacidad jurídica procesal o la capacidad para obrar en cumplimiento al principio del interés superior del niño, entendiéndose este como toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad.

⁶ Artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del niño, establece que: Los estados parte respetaran los derechos enunciados en la presente Convención y aseguraran su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión pública o de otra índole, el origen nacional, étnico, o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra situación del niño, de sus padres o representantes legales”.

Y si ¿esta capacidad jurídica procesal presupone de alguna manera la capacidad de ejercicio establecida en el artículo 1318 de nuestro Código Civil⁷? Pues esta capacidad es abordada por edades pero si se busca constituir un nuevo concepto o cosmovisión del niño como sujeto activo de sus derechos mediante el perfeccionamiento del cuerpo normativo, cual es el grado de aplicabilidad que tiene la capacidad progresiva del niño en los conflictos jurisdiccionales, es decir hasta donde el marco jurídico ampara la evolución de sus facultades, así como la capacidad de este para tomar decisiones autónomas y la comprensión de lo que constituye su interés superior para tener en cuenta sus intereses y deseos es decir que la idea, es que en los procesos el Juez debe considerar los derechos, garantías, ventajas, utilidades del niño que son beneficiosos para él y deben de prevalecer siempre en caso de conflicto con otras situaciones dignas de protección, apuntando a la finalidad de dar absoluta protección al ejercicio y goce pleno de los derechos y garantías del niño niña y adolescente.

1.1.4 Enunciado del Problema.

1.1.4.1 Problema Fundamental. ¿Se ejerce actualmente, la capacidad jurídica procesal de niños, niñas y adolescentes?

1.1.4.2 Problema Específico. ¿Cuáles son los obstáculos que debe enfrentar el niño como sujeto de derechos en los juzgados de Familia y de la niñez y adolescencia?

¿Cuáles son los obstáculos que enfrenta el niño como sujeto de derecho para su ejercicio en los demás ámbitos no judiciales?

¿Qué capacidad tiene el niño como sujeto de derecho según el código civil Salvadoreño en relación a la regulación del desarrollo progresivo del niño, niña y adolescente?

⁷ Inc. 3° “Son incapaces los menores adultos y las personas jurídicas pero la incapacidad de los primero no es absoluta, pues sus actos pueden tener validez en los casos determinados por la ley”.

1.1.5 JUSTIFICACIÓN.

La presente investigación con el tema “ **CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO Y SU EJERCICIO**”, es una situación que se encuentra nueva en nuestra actualidad, esta figura jurídica es novedosa a pesar de los alcances que ha tenido y que ha ido generando la evolución del niño cómo se le conoce, podemos revisar en nuestra legislación que esta figura de la capacidad progresiva no es muy usada, por qué las distintas ramas del derecho le hacen una distinción al niño sin que aquél pueda dar su opinión aunque tenga un buen uso de razonamiento. En razón de ello, esta figura genera gran interés para el desarrollo del estudio y el mejoramiento del trato que tiene el niño en cuanto al razonamiento que posee, por tanto, el propósito de nuestra investigación es para dar a conocer en qué aspecto está la capacidad progresiva del niño y cuáles son los derechos frente a esta figura y así poder ver la evolución que ha generado para que haya una garantía constitucional que todo niño sufre de discriminación.

Y es por ello que rompiendo con este sistema irregular se dio un gran paso creando un sistema de protección integral, y fue a través de la nueva Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, la cual entró en vigencia el día quince de abril del año dos mil diez, como un instrumento legal en nuestro país, que se constituyó como una efectividad para los derechos fundamentales del mismo, esto fue porque la ley responde a procedimientos de cambios que se ajustan a lo establecido en la Constitución de la República y a los estándares internacionales. Tomando como principio el respeto a los niños como partícipe activo, y no considerarlos como receptores, sino como ser protegido integralmente como sujetos de derechos, teniendo el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, en relación al artículo 10 de la Ley de Protección

Integral de la Niñez y Adolescencia, en este caso, reconoce la evolución de las facultades de los niños, así establece una gama de derechos y garantías para sus beneficios.

La Convención sobre los Derechos del Niño de este modo, ha instaurado la capacidad y grado de madurez que tienen los niños estipulando un compromiso político y jurídico, cuya guía es la construcción de condiciones de vida nueva para la niñez salvadoreña, esto se ve reflejado en el ejercicio progresivo de las facultades, pues esta ley da límites al ejercicio efectivo y a su ámbito cronológico y un psicosocial desarrollo del mismo. Lo nuevo de esta investigación es que, está enfocada no sólo en el reconocimiento legal que hoy se le da a la capacidad jurídica procesal de este niño en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, sino también en su ejercicio actual en el sistema procesal, es decir en los diversos procesos judiciales que establece dicha ley, como el llamado procedimiento abreviado y procesal general de Protección Civil no establecido en el artículo 218 de la ley mencionada⁸.

El gran paso de este modelo de protección integral de la niñez y adolescencia, no será visto como objeto sino como sujeto de derechos, al tener actualmente la capacidad jurídica para poder intervenir en los procesos establecidos por la ley de protección integral de la niñez y adolescencia entendiéndose, derecho de acceso a la justicia y a un debido proceso, y también las facultades otorgadas en la Constitución de la república, el Código de familia, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. Es necesario saber el tipo de práctica judicial que en la actualidad acontece, para saber el

⁸ El artículo 218 de la ley de la ley de protección integral para la niñez y adolescencia establece: “ los niños, niña, y adolescentes menores de catorce años de edad, podrán intervenir en los procesos establecidos por esta ley por medio de su madre, padre y otros representantes, y en su caso, por el procurador general de la república, o sus agentes debidamente facultados para ello, los mayores de catorce años de edad, también podrán comparecer se por medio de apoderado legalmente constituido, conforme las reglas del derecho común en los procesos regulados por esta ley para lograr la protección de sus derechos no obstante, en los casos de pérdida o suspensión de la autoridad parental y privación de la administración de sus bienes deberán actuar representados por el procurador general de la república o sus agentes debidamente facultados para ello.

reconocimiento de derechos del niño ante la sociedad, en el sentido de cómo el estado jurídico de la niñez salvadoreña ha ido evolucionando y su protagonismo dentro de las situaciones jurídicas actual; y es que, así el papel que desempeña el Estado como un ente soberano y los demás entes jurídicos, con el debido cumplimiento de la protección integral de los Derechos Humanos del niño y su contundencia como tales ante la sociedad salvadoreña.

El artículo 218 LEPINA establece que se debe ejercer la capacidad jurídica procesal conferida a los niños cómo se ha manifestado anteriormente, pero es necesario no sólo determinar dicha facultad de la doctrina de la protección integral, recopilación de dicha ley. Todo lo anterior tiene una importancia relevante porque en esta investigación se dará a conocer si en la actualidad se ejerce la capacidad progresiva del niño, es decir, que por medio de ésta si era poner conocimientos sólidos de como en cada etapa de los procesos establecidos por la ley, los niños pueden participar por medio de mecanismos que puedan invocar sus derechos judicialmente, importancia que es totalmente referida a los entes encargados de velar por el cumplimiento de la protección del niño, por último al realizar esta investigación, es decir, a la persona facultada para ejercer las acciones establecidas por la ley especial, también como los legitimados, para la protección judicial de los sujetos de derechos, los conocimientos necesarios para la perfecta incoación de los procesos, que evitara dilaciones innecesarias en la resolución de las problemáticas que actualmente enfrenta la niñez en El Salvador; por lo que anteriormente se evidencia la importancia que tiene la investigación para poder quitar las deficiencias existentes al momento de ejercer la capacidad progresiva.

1.2 OBJETIVOS.

1.2.1 OBJETIVO GENERAL:

Determinar el ejercicio actual de la Capacidad Progresiva del niño en los Juzgados de Familia, así como también en Juzgado Especializado de la niñez y adolescencia de la Ciudad de San Miguel.

1.2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- Indagar si el órgano judicial y demás instituciones gubernamentales velan por el cumplimiento de las garantías establecidas en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia respecto a la intervención de los niños en los procesos judiciales.
- Analizar si los niños, niñas y adolescentes en el Salvador cuentan con los mecanismos efectivos para ejercer sus derechos.
- Establecer si los niños, niñas y adolescentes poseen capacidad jurídica procesal que les permita intervenir en los diversos procesos del área del derecho.

1.3 ALCANCES DE LA INVESTIGACIÓN.

Se pretende con esta investigación determinar la capacidad progresiva que tiene el niño, como sujeto de derecho y su ejercicio, en cuanto a su fundamentación y normativa, así se pueda tener la consideración del niño como persona moral y sujeto titular de derechos, por medio de las diversas concepciones que existen sobre la infancia y la adolescencia y, en otras, las diversas formas de entender el fundamento de los derechos. Teniendo esto en cuenta, señalaremos, las principales controversias y tensiones presentes en torno a los fundamentos de los derechos del niño, así como se reflejan en las diferentes teorías existentes acerca de la fundamentación jurídica de los derechos del niño.

1.3.1 ALCANCE DOCTRINARIO.

Modificando el enfoque jurídico conferido a la infancia, en vista de que antes las políticas consideraban al niño como mero objeto de protección, a la consideración de la infancia bajo una protección integral, esta visión jurídica configuraba la llamada **doctrina de la situación irregular**⁹, lo cual, implicaba creer que los niños tenían una personalidad imperfecta e inacabada, siendo éste el principal instrumento de base para legitimar el poder absoluto y discrecional que se ejercía sobre los más jóvenes. Con la que se propone una nueva concepción del niño como sujeto de derechos en la relación paterna filial, de modo de garantizar que la función formativa de los padres se lleve a cabo en el marco de una interacción entre el adulto y el niño, y no como efecto de una acción unilateral.

Esta interacción se basa en la consideración de la personalidad y el respeto de las necesidades del niño en cada periodo de su vida, en su participación activa en el proceso formativo, y en un gradual reconocimiento y efectiva promoción de su autonomía en el ejercicio de sus derechos fundamentales en función de las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.

Surge entonces, como contrapartida a la situación irregular, la **doctrina de la Protección Integral**¹⁰, la cual, deja de considerar al niño/a como una persona inmadura, incompleta, en proceso de desarrollo, carente y en ocasiones peligroso, para pasar a ser reconocido como sujeto titular y portador de ciertos derechos y atributos fundamentales que le son inherentes por su condición de persona humana, más los derechos específicos que derivan de su condición de niño/a.

⁹ Yuri Emilio Buaiz V. (2003) " Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños "Ensayo (página 2)

¹⁰ Yuri Emilio Buaiz V. (2003) " Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños "Ensayo (página 2-5)

De esta forma, se construye un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supra protección, o protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que corresponden a todas las personas. La Protección Integral tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social, y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación.

De acuerdo a **la doctrina del desarrollo progresivo**, la capacidad progresiva supone que en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad, toma control sobre diversos ámbitos de acción. Lo anterior implica reconocer a los niños la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, asimismo la posibilidad de que en un momento determinado decidan no hacerlo. Pero se trata de una progresividad en el ejercicio de los derechos, una gradualidad, que tiene que ver con el proceso de traslación de la niñez a la mayoría de edad. Se habla de capacidad progresiva, justamente para significar que la capacidad del niño para ejercer sus derechos va creciendo en la medida que él se desarrolla y va adquiriendo paulatinamente mayores niveles de independencia y libertad. Tal capacidad opera como límite a la autoridad, así por ejemplo, frente a las facultades de los padres, reforzando la idea de que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos diferentes de sus progenitores.

Entendiendo que la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes se refiere a la capacidad y facultad de éstos para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente a las facultades de los padres o adultos responsables de su dirección y orientación. Según la edad, la autonomía importa, la participación en carácter personal de los niños y los adolescentes en la realización de sus derechos, atendiendo al grado de desarrollo madurativo o progresivo y discernimiento alcanzado (por ello las normas internas emplean expresiones

genéricas recurrentes como “aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio” o “en función de su edad y madurez”). Se vincula con el interés superior de los menores pues, al final de cuentas, se trata de que los niños logren un pleno desarrollo, en cada una de las etapas de su vida.

1.3.2 ALCANCE JURÍDICO.

Como se sabe, la ley no adjudica a los menores de edad la capacidad absoluta necesaria para ejercer derechos y obligaciones, pues se trata de individuos dependientes de otros sujetos; por tanto, la mayor parte del tiempo deben actuar representados por sus padres, tutores o guardadores. No obstante lo anterior, actualmente se entiende que ser niño, no es ser menos adulto, la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y que tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. En este sentido, podemos sostener que la infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la capacidad, personal, social y jurídica.

Siguiendo esta nueva concepción, la Convención Internacional de los Derechos del Niño vino a realizar una innovación doctrinaria en materia de capacidad, ya que modificó el enfoque jurídico conferido a la infancia, pues anteriormente a ella las políticas asistenciales consideraban al niño como un mero receptor de la oferta pública o privada de servicios, asumiendo el carácter de beneficiario o de objeto de la protección del Estado y sociedad.

Por esta razón, la Convención no sólo contempló los llamados derechos humanos de la infancia, sino que además consideró la posibilidad de ponerlos en la práctica a través de una nueva idea de capacidad, denominada capacidad progresiva, la cual, no se trata de un ejercicio progresivo de derechos (no se puede ejercer progresivamente el derecho a la vida, por ejemplo)

sino de una independización progresiva en el ejercicio de los derechos, de acuerdo a la etapa vital en la que se encuentra.

Esta nueva idea de capacidad se encuentra consagrada en algunas disposiciones de la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, sustentándose principalmente en los artículos 5° y 12° inciso 1.

La disposición fundamental que consagra esta materia es la del artículo 5, la cual establece: “los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de su facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Por otro lado, el artículo 12 inciso 1 establece: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, niña y adolescente en función de la edad y madurez del niño”.

Junto a esta normativa no debemos olvidar lo estipulado en el artículo 5, inciso 2 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que establece: “Los derechos, garantías y obligaciones reconocidos en la presente Ley son aplicables a toda persona desde el instante de la concepción hasta que cumpla los dieciocho años de edad, y serán ejercidos directamente por las niñas, niños y adolescentes, tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de su madre y padre y las limitaciones establecidas en la presente Ley.”

Éste principio es uno de los más innovadores de la Convención y se basa en el reconocimiento de la capacidad evolutiva de cada niño, niña y adolescente, en la comprensión de que, con su progresiva maduración y autonomía, el nivel de abstracción, de expresión, de independencia y de pensamiento, se vuelve paulatinamente superior y más complejo.

Este concepto es clave porque reconoce que el desarrollo del niño hacia la independencia adulta debe ser respetado y promovido a lo largo de toda la infancia, no obstante a esto, hemos observado que se carece de información acerca del ejercicio actual de dicha capacidad jurídica procesal y que tendría gran importancia actualmente.

La misma ley contempla distinciones en cuanto a la edad, previendo que esta capacidad jurídica procesal presupone de alguna manera la capacidad de ejercicio establecida en el artículo 1318 del Código Civil, exactamente en el inciso 3 establece: “Son incapaces los menores adultos y las personas jurídicas pero la incapacidad de los primero no es absoluta, pues sus actos pueden tener validez en los casos determinados por la ley”.

Tal es el caso de la facultad otorgada concretamente a los niños, niñas y adolescentes por la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar en los artículos trece y quince referentes a la potestad de denunciar es decir de accionar activamente ante la vulneración de cualquier derecho pudiendo dar aviso a las instancias administrativas y judiciales competentes, los hechos podrán ser denunciados por sus representantes legales, por la víctima o por instituciones asistenciales, sociales y educativas así como cualquier autoridad o personal que tenga conocimientos de los hechos.

1.3.3 ALCANCE TEÓRICO.

Mostramos **la teoría de la voluntad o teoría de la elección**¹¹, establece que los derechos se han de entender como potestades del titular para prescribir obligaciones en otros sujetos. Siendo esto así, la característica distintiva del poseedor de un derecho subjetivo es la voluntad o discreción del titular con relación al contenido del derecho. El poder o la libertad (en sentido jurídico o teórico) son las notas definitorias del titular del derecho y presuponen entonces la posesión de cierta capacidad de acción, en el sentido de poder llevar a cabo intencionalmente elecciones morales con consecuencias jurídicamente relevantes. Únicamente quienes tengan agencia o autonomía moral, esto es, la capacidad de actuar a la luz de razones morales específicas, pueden ser titulares de derechos. Sobre la base de estas premisas teóricas, se entiende fácilmente que considerar al niño como titular de derechos resulta un asunto controvertido.

Así, algunos autores han concluido que el niño, al carecer de autonomía o capacidad propia para actuar como un agente moral, no tendría derechos morales o humanos en absoluto. Esta afirmación tan contundente, y a la vista de sus implicaciones, se ha visto matizada por dos estrategias argumentativas. La primera apela a la “representación” en virtud del cual los derechos adscritos al menor se pueden hacer valer por parte de un sujeto capacitado que actúe en su nombre y por cuenta del representado. La segunda es el argumento de la potencialidad o argumento “evolucionista” respecto de los derechos: se tiene en cuenta el paso de una condición inicial de dependencia e inmadurez a una ulterior caracterizada por la adquisición de racionalidad y responsabilidad; los niños, paulatinamente y según avanza su desarrollo

¹¹ AGUSTÍN LOZANO-VICENTE (2016) “Los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación”, Psicólogo Ayuntamiento de Avilés, España (página 72).

madurativo, adquieren progresivamente los distintos elementos normativos de los que se compone el derecho.

De ahí surge **La teoría del interés o beneficio**¹², la cual afirma que la característica esencial para fundar un derecho consistiría en determinar, de la forma más objetiva posible, la existencia de una necesidad básica o un interés superior a favor del sujeto titular. Esta necesidad o interés reviste tal importancia que conllevaría la imposición de obligaciones morales a otros sujetos o instituciones para su cumplimiento efectivo. Entonces, desde el punto de vista de su fundamentación, la peculiaridad de los derechos del niño residiría en que autorizan a poner en cuestión la preeminencia de la voluntad, del poder o de la capacidad del agente como característica definitoria para ser considerado como titular de derechos subjetivos.

De este modo, nos permitirían centrar la atención en el aspecto objetivo (en relación con los fines del sistema normativo), esto es, respecto a la satisfacción de un interés o de una necesidad tal que no se pueden dejar a la discrecionalidad del titular. Desde la teoría del interés se supone que los derechos pueden ser lógicamente anteriores a los deberes y que respecto de estos derechos la voluntad del menor sería irrelevante, ya que no se puede hablar de una facultad para renunciar a su cumplimiento, e incluso éste podría ser forzoso.

Para integrar los deseos del niño al concepto de la protección integral del niño es necesario superar un prejuicio que lamentablemente está extendido en esta materia, y que ha sido caracterizado como la **teoría del balancín**¹³, ya que según esta concepción, los intereses del niño serían algo naturalmente opuesto a sus deseos, y es necesario balancear unos y otros, sin inclinar demasiado la balanza (o el balancín) hacia los deseos del niño (en perjuicio de sus intereses) ni

¹² AGUSTÍN LOZANO-VICENTE (2016) “Los derechos del niño: cuestiones sobre su fundamentación”, Psicólogo Ayuntamiento de Avilés, España (página 73).

¹³ COUSO SALAS, JAIME. (2006) “El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia” (página 149).

hacia los intereses del niño (en perjuicio de sus deseos). El prejuicio supone que los niños, casi por definición, desean cosas que no les convienen, guiados así por una cierta tendencia autodestructiva.

En consecuencia, para poder determinar el grado de participación de cada menor de edad en el desarrollo de sus derechos, se hace necesario distinguir entre las diversas fases de evolución del niño, las cuales, pueden estandarizarse a través de criterios cronológicos, pues “todas **las teorías de la psicología** del desarrollo sugieren que hay “etapas discretas” en la vida de un niño. Jean Piaget, considerado el padre de la psicología del desarrollo experimental, describió detalladamente el desarrollo de los procesos mentales del niño”; en este sentido, la misma ley contempla distinciones en cuanto a la edad y es por eso que surge la controversia de investigar sobre dicho tema.

1.3.4 ALCANCE TEMPORAL.

En este punto de la investigación se hará una línea de tiempo enmarcando los sucesos de mayor relevancia para el tema de niñez y adolescencia como la ratificación de la convención o la incorporación de los derechos de los niños a la esfera jurídica nacional; todo esto lo haremos cumpliendo con los parámetros y requisitos que requiere la investigación, denotando así que nuestra línea de tiempo comprenderá dos años exactamente de abril del año dos mil dieciocho a abril del año dos mil veinte, sobre la aplicación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, tiempo que es idóneo para obtener los resultados necesarios para estudiar la problemática de forma amplia y exhaustiva, observando así gradualmente los avances e impacto en la realidad salvadoreña.

1.3.5 ALCANCE ESPACIAL.

La presente investigación tendrá un área geográfica que abarcara el Departamento de San Miguel, Municipio de San Miguel; específicamente a los casos conocidos en el Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia y a los casos ventilados en los Juzgados de Familia referente a nuestro tema en concreto, es por ello que para complementar nuestra investigación y para un mejor desarrollo del tema consideramos hacer consultas en los diferentes entes gubernamentales encargados de velar por el cumplimiento de los derechos de los niños entre ellos tenemos:

- Funcionarios del Órgano Judicial.
- Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.
- La Procuraduría General de la Republica.
- Población Salvadoreña.

1.4 SISTEMA DE HIPÓTESIS.

1.4.1 Hipótesis General.

El Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Familia de la Ciudad de San Miguel cumplen actualmente con la garantía del ejercicio de la capacidad progresiva del niño, niña y adolescente en los procesos judiciales.

1.4.2 Hipótesis Específicas.

1. La intervención de los niños, niñas y adolescentes en los Procesos Judiciales depende de la Capacidad Progresiva que es determinada por el Órgano Judicial y demás entidades gubernamentales.
2. Los niños, niñas y adolescentes de El Salvador pueden ejercer su capacidad progresiva porque obtienen los mecanismos efectivos que se adaptan a cada una de

sus necesidades, atendiendo a los principios de protección integral establecidos en la ley.

3. La capacidad progresiva del niño, niña y adolescente no solo se ejerce en los Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia sino también en los Juzgados de Familia y demás áreas del Derecho que autorice un Juez Competente.

1.4.3 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES.

FIGURA 1.

HIPÓTESIS GENERAL.

ENUNCIADO GENERAL. ¿Se ejerce actualmente, la capacidad jurídica procesal de niños, niñas y adolescentes?

OBJETIVO GENERAL. Determinar el ejercicio actual de la Capacidad Progresiva del niño en los Juzgados de Familia, así como también en Juzgado Especializado de la niñez y adolescencia de la Ciudad de San Miguel.

HIPÓTESIS GENERAL. DEFINICION CONCEPTUAL El Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Familia de la Ciudad de San Miguel cumplen actualmente con la garantía del ejercicio de la capacidad progresiva del niño, niña y adolescente en los procesos judiciales.

	DEFINICIÓN OPERACIONAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
-Organo Jurisdiccional: es la potestad, derivada de la soberanía del Estado, de aplicar y resolver de modo definitivo e irrevocable una controversia, que es ejercida en forma exclusiva por los tribunales de justicia.	-Garantías de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siendo de mucha importancia para hacerle valer los derechos necesarios en los casos en que se dispongan a activar.	-El Organo Jurisdiccional vela por las garantías del niño, niña y adolescentes.	1-Juez. 2-Equipo Multidisciplinario.	-El ejercicio de la capacidad progresiva determina la capacidad jurídica procesal del niño, niña y adolescente.	1-Lejitimacion activa. 2-Madre, padre, representante y procurador.

FIGURA 2.**HIPÓTESIS ESPECIFICA N° 1.****ENUNCIADO**

ESPECIFICO I. ¿Cuáles son los obstáculos debe enfrentar el niño como sujeto de derechos en los juzgados de Familia y de la niñez y adolescencia?

OBJETIVO**ESPECIFICO****I.**

Indagar si el órgano judicial y demás instituciones gubernamentales velan por el cumplimiento de las garantías establecidas en la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia respecto a la intervención de los niños en los procesos judiciales.

HIPÓTESIS ESPECIFICO I.

La intervención de los niños, niñas y adolescentes en los Procesos Judiciales depende de la Capacidad Progresiva que es determinada por el Órgano Judicial y demás entidades gubernamentales.

DEFINICIÓN CONCEPTUAL**DEFINICIÓN OPERACIONAL****VARIABLE INDEPENDIENTE****INDICADORES****VARIABLE DEPENDIENTE****INDICADORES**

Procesos Judiciales: es el conjunto de actos jurídicos que se llevan a cabo para aplicar la ley a la resolución de un caso. Se trata del instrumento donde personas podrán ejercitar su derecho de acción y los órganos jurisdiccionales cumplir su deber de ofrecer una tutela judicial efectiva.-

-Derecho de acción del niño, niña y adolescente, para poder actuar cuando este sea violentado en su derecho o a poder actuar como parte.

-La intervención de los niños, niñas y adolescentes es facultada por su desarrollo evolutivo o el grado de discernimiento que posean, apropiadas de su padre y madre y limitaciones establecidas en la LEPINA.

1-Principio de ejercicio progresivo de las facultades (artículo 20 LEPINA).
2-Derecho a opinar y ser oído.

-Garantizar el ejercicio personal y directo de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes dirigidos a proteger su desarrollo integral mediante los diferentes Organos del Estado.

1-Medidas de protección.
2-Proceso Administrativo (LEPINA).

FIGURA 3.**HIPÓTESIS ESPECIFICA N° 2.****ENUNCIADO
ESPECIFICO
II.**

¿Cuáles son los obstáculos que enfrenta el niño como sujeto de derechos para su ejercicio en los demás ámbitos no judiciales?

**OBJETIVO
ESPECIFICO
O II.**

Analizar si los niños, niñas y adolescentes en el Salvador cuentan con los mecanismos efectivos para ejercer sus derechos.

**HIPÓTESIS
ESPECIFICO
II.**

Los niños, niñas y adolescentes de El Salvador pueden ejercer su capacidad progresiva porque obtienen los mecanismos efectivos que se adaptan a cada una de sus necesidades, atendiendo a los principios de protección integral establecidos en la ley.

DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
-Principios: norma no legal supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisprudencia y tribunales.	-Principio de interes superior del niño, niña y adolescente (artículo 12 LEPINA), permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir de su reconocimiento.	-Los niños, niñas y adolescentes de El Salvador obtienen los mecanismos de proteccion atendiendona los principios establecidos en la LEPINA.	1-Principios rectores. 2-Políticas especiales para los niños.	-La aplicación de cada principio atendera a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes en la tutela de sus Derechos.	1-Convencion sobre Derechos de niño. 2-Derecho a la supervivencia. 3-Derecho al desarrollo. 4-Derecho a la proteccion.

FIGURA 4.**HIPÓTESIS ESPECIFICA N° 3.**

ENUNCIADO ESPECIFICO III. ¿Qué capacidad tiene el niño como sujeto de derecho según el código civil Salvadoreño en relación a la regulación del desarrollo progresivo del niño, niña y adolescente?

OBJETIVO ESPECIFICO III. Establecer si los niños, niñas y adolescentes poseen capacidad jurídica procesal que les permita intervenir en los diversos procesos del área del derecho.

HIPÓTESIS ESPECIFICO III. DEFINICIÓN CONCEPTUAL	La capacidad progresiva del niño, niña y adolescente no solo se ejerce en los Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia sino también en los Juzgados de Familia y demás áreas del Derecho que autorice un Juez Competente.				
	DEFINICIÓN OPERACIONAL	VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES	VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
-Juez competente: es el que tiene competencia para conocer de un asunto o un negocio o caso contrario es el que carece de competencia para conocer del negocio de que se trata por razón de la persona, de la materia o del lugar o cualquier otra	-Autorización para intervenir en otras áreas del Derecho, para evitar obstáculos en la su participación en cualquier ámbito legal.	-La capacidad progresiva del niño, niña y adolescente se aplicara en los diversos procesos de las diferentes áreas del Derecho.	1-Proceso en materia LEPINA. 2-Proceso en materia de Familia. 3-Proceso en materia Civil. 4-Proceso en materia Penal.	-La capacidad para intervenir en los procesos judiciales sera determinada por un juez, atendiendo su capacidad progresiva.	1-artículo 1318 inciso 3 del código Civil. 2-Tutela activa de Derechos.

CAPITULO II.

2.1 Evolución Histórica del Niño como Sujeto de Derecho.

2.1.1 Resumen de Antecedentes a la Protección Integral de los Derechos de la Niñez.

La historia de los derechos de la infancia empieza en el siglo XIX, entendiéndose al niño como un ser que necesita ser protegido, por primera vez en Europa hay leyes que regulan el trabajo de los niños. Esto permitió el desarrollo progresivo de sus derechos puesto que ya diferentes textos jurídicos estimulaban o hacían obligatoria la escolarización y la sociedad reconoce que no pueden ser tratados como “Adultos Pequeños” tal como se hacía en la Edad Media; ya en el siglo XX se aprecia un proceso de internacionalización de los derechos de la infancia que dieron lugar a un intercambio de experiencias y la aplicación de políticas de protección.

En el año 1919 se crea un Comité de Protección de la Infancia en la Sociedad de Naciones (SDN) y en 1924 se aprueba por unanimidad la Declaración de Ginebra, siendo este el primer texto internacional sobre los derechos específicos del niño, observándose en ella una serie de derechos dentro de la dimensión protectora: alimento, cuidado, ayuda, acogida y socorro (título 2); educación (2, 4 y 5); reinserción del niño delincuente (2) y protección en caso de peligro (3), lo cual supone un “esbozo” de la integridad de los derechos del niño; si bien no se recoge ni el derecho de los niños a unos padres ni tampoco él mismo es considerado como sujeto de Derecho, es por ello que esta declaración ha sido criticada desde el punto de vista de la técnica jurídica, aunque se aprecia la fundamentación del derecho de los niños al desarrollo de su personalidad, en el contexto en el que se produce esta declaración también debemos tener presente, dentro del ámbito del Derecho Internacional, ciertos factores o precedentes externos que la respaldan entre ellos el Tratado de Versalles después de la Primera Guerra Mundial.

Así como la Carta de Lady Aberdeen, elaborada por el Consejo Nacional de la Mujer, la Carta socialista sobre el trabajo de los adolescentes y las indicaciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo infantil; la declaración fue traducida a cerca de 40 idiomas y recibió tanto adhesiones personales como institucionales, siendo el germen de otra serie de declaraciones, cartas, y convenciones; Por otra parte, una de las labores más importantes fue la creación, durante tres años, de informes a nivel mundial sobre el bienestar de los niños; siendo un precedente de que años más tarde se publicará el UNICEF¹⁴ (Fondo de las Naciones Unidas de la Infancia) creado en el año de 1947, en sus inicios se centró en ayudar a niños europeos y jóvenes víctimas de la Segunda Guerra Mundial, así como también la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por Las Naciones Unidas (ONU) en 1948 una vez terminada la Segunda Guerra Mundial esto implicó la mejora en el ámbito de los derechos.

En año de 1953 se le concedió a UNICEF el estatus de Organización Internacional permanente, pues en este año su mandato alcanzó una dimensión internacional y comenzó a auxiliar niños en países en vías de desarrollo y creó una serie de programas para que los niños tuvieran acceso a una educación, buena salud, agua potable y alimentos.

Posteriormente demostrándose las existentes deficiencias en la Declaración de Ginebra o también conocida como Declaración de los Derechos de los Niños propició una modificación en el texto, fue entonces cuando decidieron elaborar una segunda Declaración de los Derechos de los Niños considerando nuevamente la noción de que “La humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle u ofrecerle” es por ello que en 1959 se aprobó la Declaración de los Derechos de los Niños de manera unánime por todos los 78 Estados miembros de la ONU, ésta fue adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante resolución 1386 (XVI) pero

¹⁴ Dávila, P. (2001) Los derechos de la infancia, UNICEF y la educación, in Naya, L.M. (Coord.): La educación a lo largo de la vida, una visión internacional. Donostia: Editorial Erein (pág. 61-117).

cabe destacar que ni la Declaración de Ginebra de 1924, ni la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, definen qué periodo comprende la infancia, es decir la edad de cuándo empieza y termina la infancia, esto es principalmente con el fin de evitar pronunciarse sobre el tema del aborto, sin embargo, el Preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño, resalta la idea de que los niños necesitan protección y cuidado especial, “incluyendo una protección legal adecuada, antes del nacimiento y después del nacimiento”.

En el año de 1966¹⁵ Con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Estados Miembros de las Naciones Unidas se comprometen a defender la igualdad de derechos (incluyendo la educación y la protección) para todos los niños; es así como en 1968 se lleva a cabo La Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada para evaluar los progresos de los países durante los 20 años transcurridos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Se esboza un programa de trabajo para el futuro y se refuerza el compromiso de los países con la defensa de los derechos humanos.

Posteriormente en 1973 la Organización Internacional del Trabajo aprueba la Convención 138, que fija en 18 años la edad mínima para desempeñar trabajos que podrían ser peligrosos para la salud, la seguridad o la moral de las personas un año después ante su preocupación por la vulnerabilidad de las mujeres y los niños en las situaciones de emergencia y de conflicto, la

¹⁵ Además de los citados pactos internacionales de 1966, podemos considerar los siguientes documentos: Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de diciembre de 1960; Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, de 1962; Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, de 1969; Declaración de los derechos del retrasado mental, de 1961; Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición, de 1974; Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, de 1974; Declaración de los derechos de los impedidos, de 1975; Las Reglas de Beijing para la administración de justicia de menores de 1985; Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños de 1986. Además de todas estas declaraciones de carácter universal debemos tener presente las dictadas por organismos regionales sean africanos, asiáticos, americanos o europeos. (Garibo, 2004: 170-176).

Asamblea General exhorta a los Estados Miembros a observar la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado. La Declaración prohíbe el encarcelamiento y los ataques contra mujeres y niños que formen parte de la población civil, y defiende la inviolabilidad de los derechos de las mujeres y los niños en contextos de conflicto armado.

En el año de 1978 La Comisión de Derechos Humanos somete un proyecto de Convención sobre los Derechos del Niño a la consideración de un grupo de trabajo conformado por Estados Miembros, agencias, y organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

El siguiente año para conmemorar el vigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas designa el año 1979 como Año Internacional del Niño, en el curso del cual UNICEF desempeña un papel de la mayor importancia; luego en 1985 se establecen Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, explican en detalle los principios de un sistema de justicia que propicie el interés superior del niño, incluyendo educación, servicios sociales y un tratamiento proporcional para los niños detenidos; específicamente en 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce el papel de los niños como agentes sociales, económicos, políticos, civiles y culturales, y es elogiada ampliamente como un logro histórico para los derechos humanos. La Convención garantiza y establece normas mínimas para proteger los derechos de los niños en todas las circunstancias. El documento se refiere a UNICEF, que colaboró con la redacción de la Convención, como fuente de conocimientos especializados, consecuentemente en el año de 1990 se celebra en Nueva York la Cumbre Mundial en favor de la Infancia. Las Directrices para la

Prevención de la Delincuencia Juvenil definen las estrategias dirigidas a prevenir la criminalidad y a proteger a los jóvenes en situación de alto riesgo social.

En el año de 1991 expertos de UNICEF, Save the Children, Defensa de los Niños Internacional y otras organizaciones se reúnen para estudiar los datos obtenidos a través del proceso de presentación de informes de la Convención sobre los Derechos del Niño. La reunión conduce a la creación formal de la Red de Información de los Derechos del Niño (CRIN) en 1995.

Por lo que en 1999 la Organización Internacional del Trabajo aprueba el Convenio sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil, que exige la inmediata prohibición y eliminación de cualquier forma de trabajo que pueda perjudicar la salud, la seguridad o la moral de los niños. UNICEF ha colaborado desde 1996 con la Organización Internacional del Trabajo, promoviendo la ratificación de normas laborales internacionales y políticas relativas al trabajo infantil; ya en el año 2000 La Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que obligan a los Estados Partes a tomar medidas cruciales tanto para impedir que los niños participen en las hostilidades durante los conflictos armados, como para poner fin a la venta, la explotación y el abuso sexual de los niños.

Durante el período extraordinario de sesiones de las Naciones Unidas sobre la infancia, en los años 2002 delegados infantiles se dirigen a la Asamblea General por primera vez. Se aprueba el programa de “Un Mundo Apropiado para los Niños”, que describe objetivos específicos para mejorar las perspectivas de los niños en el curso de la siguiente década, para el periodo de 2006 Junto con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, UNICEF publica el Manual para cuantificar los indicadores de la justicia de menores, que

permite a los gobiernos evaluar la condición de sus sistemas de justicia juvenil y hacer las reformas que sean necesarias.

El Secretario General de las Naciones Unidas da a conocer el informe titulado Situación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 2010.

Para el año 2011 se aprueba un nuevo Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Con arreglo a este Protocolo Facultativo sobre procedimientos relativos a las comunicaciones, el Comité de los Derechos del Niño puede presentar denuncias de contravenciones a los derechos de la infancia y llevar a cabo investigaciones.

2.1.2 La Convención sobre los Derechos del Niño y el cambio de paradigma.

La Convención sobre los Derechos del Niño (que en adelante la denominaremos CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, luego de diez años de intenso trabajo por parte de la comunidad internacional¹⁶, en la que se consagran los principios generales y particulares de protección integral a los niños y niñas, y se reconocen los derechos a la supervivencia, desarrollo, participación y protección especial de esta población; constituye para los pueblos y gobiernos del mundo un reto jurídico-social de relevancia universal, por cuanto comprende un tratado internacional de derechos humanos que cambia radicalmente el rumbo doctrinario seguido por las legislaciones respecto de la niñez y la adolescencia.

Este instrumento universal ha conquistado la voluntad mundial al ser el texto jurídico-social de derechos humanos con mayores ratificaciones de los países miembros de la ONU. La

¹⁶ Al decir “por parte de la comunidad internacional” no sólo nos estamos refiriendo a la instancia de Naciones Unidas, sino que hacemos alusión a un verdadero proceso que involucró a gran parte de los países o Estados miembros, a su interior, en debates, discusiones, cumbres y tareas internas organizadas por los propios gobiernos, por Organizaciones de la Sociedad Civil, la enseñanza superior o individualidades. Desde la propuesta de Polonia, en 1979, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU dispuso de un grupo abierto para el ingreso de los Estados voluntarios, resultando miembros 43 países, a los que se le sumaron países asociados de trabajo.

CDN más que un cuerpo de normas (más allá de un reconocimiento de derechos universales para la niñez), al contener mecanismos garantistas de aplicación, cumplimiento y restitución de derecho; se ha erigido en instrumento de planificación, acción y evaluación de las políticas públicas de los países.

El cambio paradigmático que trae consigo la CDN es radical; transforma la visión de necesidades en la perspectiva de derechos, en donde los niños y niñas son sujetos plenos de derechos y de justicia, colocando la nota básicamente diferencial entre una noción y otra, en la exigibilidad como naturaleza de los derechos positivados en el foro internacional.

La idea de capacidad progresiva fue introducida por medio de la Convención sobre los Derechos del Niño, éste es el primer cuerpo legislativo en dar un giro importante en cuanto al ejercicio de los derechos hasta entonces concebido. En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Tucumán en 2011, señala que de acuerdo al discernimiento y el desarrollo evolutivo que posea una persona se les va permitiendo el ejercicio de sus derechos en forma personal, esto es lo que implica la capacidad progresiva.

En esta concepción de capacidad no hay edades preestablecidas a fin de lograr la plenitud en los ejercicios conferidos, sino que depende de la aptitud psicológica y evolutiva de la persona. Es decir que se debe evaluar cada situación en particular, ya no desde un punto de vista objetivo, si no desde uno subjetivo.

Tiene relación directa con la madurez mental y psicológica de la persona, otorgándole una mayor o menor capacidad de obrar según su desarrollo evolutivo. Este concepto toma a los menores como SUJETOS titulares de los derechos que poseen, por ende inserto de manera activa en el mundo jurídico, derribando la anterior concepción que los tomaban como objeto de derecho.

La capacidad progresiva enuncia que la incapacidad de las personas va cediendo frente al desarrollo de sus facultades para hacerse cargo de todas aquellas decisiones que tengan que ver con la disposición de sus derechos personalísimos. Esta nueva noción permite que un menor incapaz pueda ejercer sus propios derechos sin necesidad de ningún tipo de representación, siempre y cuando posea la capacidad y madurez suficiente como para comprender sus actos y las consecuencias que tienen en el ámbito jurídico.

Precisamente la Convención¹⁷ adiciona que la idea rectora de esta, es el interés superior del menor o incapaz. Consiste en el expreso reconocimiento de los derechos de los niños en pos de mejorar su vida en forma completa, tomando las decisiones que más lo beneficien. Es decir que toda decisión en torno a este sujeto debe ser siempre a merced de él, protegiéndolo de ser necesario, evaluando la situación en particular, el caso concreto, agregando que se debe respetar su opinión, razón por la cual se les otorga el derecho a ser oído y que su voluntad sea tenida en cuenta. Derechos sumamente importantes porque hacen cambiar el ámbito pasivo en el cual se encontraba el niño, admitiéndolo y considerándolo parte activa en toda controversia en la cual esté comprometido un interés de su incumbencia.

Desde el paradigma de Protección Integral de los Derechos, lejos de la aplicación que hacía la tutela, no se atiende a los niños en necesidades, sino que se integran los derechos de forma interdependiente, inalienables, irrenunciables y progresivos, como un conjunto, a través de acciones de política de Estado. De esa manera, mientras la situación irregular colocaba el grueso de su dirección institucional en la atención final o terciaria (el niño como problema, el niño abandonado, el niño desnutrido), excluyendo las políticas sociales básicas; en el paradigma de

¹⁷ Artículo 5 expresa: "...en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención."

protección integral prevención primaria “control social activo con satisfacción de derechos e intermedia” programas sociales básicos, incluyendo asistencia estructural. (Con políticas públicas de primer orden y prioritarias), más atención especial, constituyen la integralidad que la define y caracteriza como derecho.

El paradigma trasciende una visión jurídica particular, pues obliga más allá de lo legal positivo, comprometiendo a una conducta política e institucional de cumplimiento y respeto a los derechos humanos de la niñez y adolescencia, o de restitución en caso de vulneración o amenaza a estos mismos derechos.

También, el paradigma de derechos humanos de los niños no se conceptúa sólo desde las ciencias jurídicas, aunque tiene su relevancia en el estudio del derecho internacional de los derechos humanos, sino que por esa misma razón, por ser parte integral de este derecho internacional; se conceptúa en la integración de todos y cada uno de los instrumentos universales de protección y garantía de derechos. De esa manera, por ejemplo, en cualquier caso concreto, prevaleciendo las disposiciones de derechos de los niños de la CDN, no pueden abstraerse los contenidos de los convenios y pactos internacionales contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, o el pacto sobre derechos civiles, o el de derechos sociales económicos y culturales.

Califica igualmente al paradigma de protección integral el compromiso colectivo, cognitivo, sobre la niñez y adolescencia, cualquiera sea su condición personal, familiar o social; desde una perspectiva de respeto a su dignidad humana, lo cual es trascendental en el tratamiento positivo de la niñez, contrariamente a la visión tutelar que estigmatizaba su condición por una supuesta incapacidad, generando una cognición colectiva de segregación y maltratos.

Otros instrumentos internacionales de derechos humanos de los niños han contribuido a la formación de la Doctrina de Protección Integral, entre los que destacan:

✓ **Protocolos Facultativos:**

- Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados.
- Relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, (ONU 1990) Conocidas como Directrices de Ryadh.
- Reglas de la Habana, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, 1990.
- Reglas de Tokio, Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Medidas no Privativas de Libertad, 1990.
- Convención de la Haya en Materia de Adopción Internacional.
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores “Reglas de Beijing”.

Muchos de estos instrumentos, aunque en especie de Resoluciones, constituyen fuente de interpretación de los derechos de la niñez y adolescencia en situaciones concretas, por lo que su naturaleza se encuentra integrada a la doctrina general de Naciones Unidas sobre la materia. Por ejemplo, resultaría incompleta la interpretación y alcance del artículo 40 acerca de la CDN, si no se produce complementariamente con las Reglas de Beijing, Las Reglas de Tokio y Reglas de la Habana, pues si bien el artículo 40 citado contiene los elementos de derecho procesal y sustantivo penal en materia de adolescentes en conflicto con la ley penal, resumiendo las

garantías adjetivas, sustantivas y ejecutivas; su desarrollo normativo y extensivo se apoya en el resto de resoluciones indicadas.

2.1.3 Las Providencias o Medidas de Efectividad de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Estado salvadoreño reconoce la Convención como “Ley de la República”¹⁸ desde su ratificación por la Asamblea Legislativa en el decreto 487, del 27 de abril de 1990, y entro en su vigencia el 9 de mayo del mismo año. A partir de ese momento, diferentes leyes salvadoreñas han incorporado los lineamientos establecidos por el instrumento internacional y los Estados partes, firmantes se comprometieron (en el artículo 4) a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos establecidos en la misma.

En su artículo 4 señala que los Estados partes adoptarán las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en dicha Convención; asimismo el artículo señala que para lograr la efectividad de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, los Estados firmantes adoptarán las referidas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Dentro de este contexto se crea la inversión de Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes, la forma en que el Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, regula las políticas públicas, los planes locales y herramientas para su

¹⁸ El Salvador ha ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño y los principales convenios internacionales e interamericanos relativos a la explotación sexual comercial de niños, niñas y adolescentes, la trata de personas, las peores formas de trabajo infantil y los derechos humanos de las mujeres. Ha incluido esta normativa en su marco legal y ha desarrollado una serie de políticas públicas para prevenir y combatir la ESCNNA, siguiendo las recomendaciones de la Declaración y Programa de Acción del Primer Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de Niños.

implementación y generando al mismo tiempo conciencia de la importancia e impacto de la inversión en materia de derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

Es así como la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (que denominaremos LEPINA) desarrolla una nueva concepción garantista para la infancia y adolescencia en la protección integral fundamentados en principios universales, de dignidad, equidad y justicia social, y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación.

✓ **Medidas de Protección.**

La Convención sobre los Derechos del Niño contempla que uno de sus principios rectores en materia de Derechos Humanos, es el reconocimiento de todo niño como sujeto pleno de derechos, lo que por sí solo debería implicar la excepcionalidad de la institucionalización y la no judicialización de los problemas de niños por sus carencias materiales, sociales, culturales, económicas y/o familiares. Así la propia Convención insiste sobre el carácter principal de la crianza y cuidado del niño en la familia, sobre su libertad personal, su dignidad y sobre formas de atención que, en lo posible, no sean las de recurrencia a los sistemas judiciales.

La CDN establece mecanismos y medidas positivas a favor de los niños, que hacen exigibles las condiciones subjetivas de las que son acreedores como sujetos de derechos. Con ello, se suele decir acertadamente, que la Convención y en general la doctrina de protección integral a niños transforma las necesidades en derechos. Tal afirmación conduce sin discusión, a entender, en consecuencia, que toda necesidad básica de un niño o niña que resulte insatisfecha se traduce en derecho vulnerado que, de acuerdo a la CDN, implica la activación cierta de mecanismos, preferiblemente administrativos y en último caso, judiciales, para garantizar o restituir el derecho vulnerado.

Las medidas de protección, son órdenes de obligatorio cumplimiento que impone la autoridad competente a favor de las niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, cuando hay amenazas o violación de sus derechos o intereses legítimos¹⁹, pudiendo ser impuestas únicamente por las autoridades competentes y se dividen en: Administrativas y Judiciales.

Las administrativas son determinadas por las Juntas Municipales de Protección de los Derechos de la Niñez y de la Adolescencia y son aquellas que no afectan los derechos de ninguna persona y que pretenden garantizar y proteger a la niña, niño y adolescente. Las judiciales, son aquellas que afectan algún derecho y solo pueden ser determinados por el Juez, debido a la naturaleza e implicaciones jurídicas de la medida en la niña, niño y adolescente en su medio familiar, y que por su interés superior no es conveniente que se encuentre en ese medio ya sea de manera temporal o definitiva.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los padres tienen la responsabilidad primordial de proporcionarles a los hijos, dentro de sus posibilidades económicas, las condiciones necesarias para su desarrollo. Asimismo, es obligación del Estado en adoptar cuantas medidas sean necesarias y apropiadas para ayudar a los padres o responsables a dar efectividad a este derecho, lo cual, además, debe ser interpretado de acuerdo a las obligaciones generales de efectividad que asumen los estados partes de la CDN, que les impone la obligación de hacer efectivos los derechos de los niños, por cuantas medidas sean apropiadas²⁰. También debe interpretarse de acuerdo al artículo 6.2 de la Convención mediante el cual el Estado asume la obligación de garantizar los derechos de supervivencia y desarrollo de los niños.

¹⁹ Comisión Coordinadora del Sector Justicia (1996) "UTE: Óp. Cit." (P.16).

²⁰ Convención de los Derechos del Niño, (26 de Enero de 1990) "fue suscrita por el representante de El Salvador en la ONU", Aprobada por el Órgano Ejecutivo (el 18 de Abril de 1990), ratificada por la Asamblea Legislativa (el 27 de abril del mismo año y vigente desde el 9 de Mayo de 1990). Art.27nº2 y nº 3 y Art. 4.

✓ **Medidas Posteriores a la Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño.**

Desde la Convención sobre los Derechos del Niño se ha entendido que las políticas universales de protección integral a los niños, niñas y adolescentes tienen su centro de gravitación en dirección a los derechos humanos. Pero la CDN no es sólo un instrumento sustantivo de derechos, sino que, al tiempo que los reconoce, establece mecanismos de efectividad, creando garantías concretas que denomina medidas de efectividad (para la protección integral), que tienen su centro de gravitación en el entendido que las políticas universales para la materialización del bienestar de la niñez, tienen su centro de gravitación en los derechos humanos. Tales mecanismos imponen una conducta determinada a los responsables (Estados parte) de dar cumplimiento a los derechos reconocidos, de tal forma que contiene providencias adjetivas y procedimentales dirigidas a la aplicación, adaptación y/o transformación de las relaciones entre el Estado y las niñas o niños.

✓ **Tipos de Medidas de Efectividad.**

Como ocurre con la CDN, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la mayoría de los convenios, pactos y acuerdos se caracterizan por contener una o varias cláusulas que comprometen a los Estados parte a implementar acciones de efectividad de los derechos que reconocen, consagrando mecanismos generales de implementación al interior de los países y mecanismos particulares en cada una de las normas o artículos de esos textos internacionales. Los tipos de medidas usuales en los Convenios de Derechos Humanos, como también lo son en la CDN, las distinguiremos de la siguiente forma:

1. Medidas Generales de Implementación.
2. Medidas Particulares de Implementación.

Las primeras, como claramente su nombre lo revela, se trata de mecanismos generales o medidas de cualquier índole para que los derechos reconocidos en el instrumento de derecho internacional se hagan efectivos. Si un Estado parte dicta una medida de este tipo, es decir general, como veremos al estudiar el principio de prioridad absoluta de la CDN, debe asegurar que tal medida o mecanismo esté orientado a la garantía de los derechos reconocidos en la propia Convención. El artículo 4 de la CDN establece este tipo de medidas generales o de cualquier índole orientadas a la efectividad de los derechos reconocidos.

Las segundas, es decir, las medidas particulares de efectividad e implementación de la CDN, son todas aquellas que, de forma expresa y explícita, son determinadas con especificidad en las normas del instrumento de derechos humanos. Estos mecanismos de efectividad particulares se leerán consagrados en todos y cada uno de los artículos o normas explícitos en la CDN en los que se reconocen derechos, bien expresados como mecanismos educacionales, sociales, de políticas públicas (institucionales, de programas sociales básicos, entre otros.) o de otra índole.

Así, seguido de cada encabezamiento de cada artículo de la CDN, se leen con claridad un grupo de disposiciones que resumen medidas variadas para la efectividad del derecho que se reconoce. Muchas de las normas de la CDN agrupan en un mismo reconocimiento de derechos medidas o providencias de efectividad múltiple, por ejemplo los artículos 28 y 29 sobre el Derecho a la educación, o el artículo 21 sobre adopciones, y se percata claramente la multiplicidad de medidas institucionales, sociales, legales, programáticas, de atención especial, entre otras.

En otras ocasiones, la CDN agrupa de forma expresa estas medidas, como son los casos de los artículos 19 y 3 en las que expresa el conjunto articulado de todas las medidas en una sola

norma y para hacer posible un derecho en particular, agrupando así las medidas “legislativas, administrativas, sociales y educacionales”

Por tal razón, determinaremos pedagógicamente que las medidas particulares de efectividad son, al menos, las siguientes:

- a. Medidas Legislativas.
- b. Medidas Educativas.
- c. Medidas Sociales y Culturales.
- d. Medidas Institucionales.
- e. Medidas Especiales de Protección o Medidas de Protección Especial.

No son, por supuesto, las únicas medidas que se desarrollan como obligaciones de los Estados parte en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero su agrupación en las anteriores categorías, facilita su comprensión y habilitación práctica, así como en la interpretación administrativa, institucional, social o jurisdiccional, cuando se haga necesario, en cada caso particular.

Ejemplos de cada una de las medidas de efectividad de carácter particular en la CDN:

- **Medidas Legislativas:**

El artículo 4 de la CDN compromete a los Estados parte a dictar todas las medidas legislativas y administrativas (las últimas son de índole institucional) para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. Esta norma compromete a que todos y cada uno de los derechos, postulados y principios de la CDN sean adecuados en la legislación doméstica de los países o Estados parte. El artículo 15, cardinal “2” establece la prohibición de restricciones al ejercicio de la libertad de asociación, conforme a la ley.

- **Medidas Educativas:**

Artículo 24, numeral 2, letras “e” y “f”, que imponen a los Estados parte disponer y desarrollar medidas de orientación y educación en lactancia materna, nutrición, sanidad preventiva, planificación familiar, entre otras.

- **Medidas Sociales y Culturales:**

Artículo 5, reconocimiento de las responsabilidades de la comunidad y de la familia en orientación apropiada para el ejercicio de los derechos. Artículo 17, Regulación de la información y materiales provenientes de los medios de comunicación social. Esta medida está también estrechamente vinculada a las medidas educativas. Artículo 30, Derecho y medidas para el reconocimiento de las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Artículo 31, al reconocer el derecho al descanso, esparcimiento, juego y recreación, compromete a promover el derecho a participar en la vida cultural y artística.

- **Medidas Institucionales:**

Artículo 24, junto al reconocimiento del derecho a la salud, las medidas de instauración de servicios sanitarios, de prevención y atención. Creación y funcionamiento de programas, como los del artículo 20 para niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar. Artículo 40, numeral 3, que estatuye además de medidas legales, procesales, las instituciones específicas para los niños que hayan infringido las leyes penales.

- **Medidas Especiales de Protección:**

Artículo 19, cardinal 2 que establece medidas especiales de protección contra toda forma de abuso, maltrato, explotación, entre otros. Artículo 22, Medidas de protección en caso de niños refugiados. Artículo 37. Protección especial contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Insistimos en que estas medidas constituyen el plan genuino para la formulación de la política pública con enfoque de derechos de la niñez, puesto que orientan los

estándares mínimos de la gestión pública, incluidas las acciones, presupuestos y destinación de los recursos públicos a favor de la materialización de los derechos humanos de la niñez y adolescencia.

De igual manera, este grupo de medidas, interpretadas siempre bajo las premisas y principios de derechos humanos en general, y de los derechos de los niños en particular; se erigen en fuente de interpretación para la toma de decisiones administrativas o judiciales, en casos particulares. Basta con figurar, por ejemplo, la disyuntiva de un juez de protección de derechos de la niñez y adolescencia, en alguno de los países de la región de América Latina y El Caribe, en materia de manutención u obligación alimentaria, que por razón de aplicación supraconstitucional de los tratados de derechos humanos, y ante la colisión de leyes internas, o ausencias legales en la norma doméstica, téngase que interpretar el asunto sometido a su jurisdicción con fundamento en la argumentación jurídica de derecho internacional público de los derechos humanos de la niñez, y en particular conforme al artículo 26 de la Convención sobre Derechos del Niño.

✓ **Mecanismos e Instituciones Creadas por el Estado Salvadoreño para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.**

Las Instituciones creadas por los Estados son todas aquellas dependencias y entidades que tienen el fin de brindar atención especializada y proporcionar prestaciones de servicios públicos en el ámbito que fueron creadas. Con la ratificación de la Convención se consideró necesario crear Instituciones que velaran por la promoción, protección y garantía de los Derechos de los niños dentro de las cuales se encuentran el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA) y el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (CONNA); cabe recalcar que cuando se crearon estas Instituciones tenían otros

nombres, sin embargo con el paso del tiempo se reforzaron y se incluyeron otros elementos lo que permitió la evolución de dichas entidades. Es importante mencionar que existen otras Instituciones que son parte del Sistema Nacional de Protección, no obstante, para efectos de esta investigación se tomó a bien analizar solamente las dos antes mencionadas.

En el presente capítulo se identificará ¿cuáles son los mecanismos e instituciones creados por el Estado Salvadoreño para la Protección de los Derechos de los niños? teniendo como objetivo el detallar los mecanismos que ha creado el Estado por medio de las instituciones orientadas a la protección de los Derechos de los niños, cumplen en su totalidad con los parámetros establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Las instituciones encargadas para velar por la protección integral de los Derechos de la niñez y la adolescencia son el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (en adelante ISNA) y el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (en adelante CONNA), en los que se desarrollan mecanismos y programas para la coordinación en cómo se articula el Sistema de Protección de la Niñez. En primer plano sí se puede observar que se cumplen, pero en la realidad estas instituciones no logran cubrir las demandas que se presentan dejando al desamparo muchos de los casos que llegan para ser cubiertos, estas instituciones tendrían que estar coordinadas entre ellas y respetar cada una de sus atribuciones para dar un servicio efectivo de acuerdo a las necesidades de este grupo social.

Se busca desarrollar cada una de las instituciones con sus respectivas misiones, visiones, funciones y los programas que estas llevan a cabo en el cumplimiento de los mandatos que estas tienen a nivel de Ley Primaria, Secundaria y Tratados Internacionales. Estas instituciones forman parte del Sistema Integrado de Protección de la Niñez y Adolescencia, que constituye “un conjunto de órganos, entidades o instituciones, públicas y privadas, cuyas políticas, planes y

programas tienen como objetivo primordial garantizar el pleno goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de El Salvador²¹; las cuales se desarrollarán en los siguientes apartados.

✓ **Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia.**

El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA) es una Institución oficial con personalidad jurídica de derecho público y autonomía en lo técnico, financiero y administrativo, la cual se relaciona con los demás Órganos del Estado por medio del Ministerio de Educación. Además, actúa conforme a las directrices de la Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, “PNPNA”, a la que adecúa sus programas y servicios.

• **Antecedentes.**

El ISNA conocido anteriormente como Instituto Salvadoreño de Protección al Menor (ISPM) “fue creado por Decreto Legislativo N°. 482, de fecha 11 de marzo de 1993, publicado en el Diario Oficial N° 63, Tomo N° 318, el 31 de ese mismo mes y año, se transforma mediante la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en una entidad de atención, de naturaleza pública integrada plenamente en el Sistema de Protección Integral por medio de la Red de Atención Compartida²²”

• **Funciones.**

En el Art. 180 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia se establecen las competencias de esta Institución. No obstante, se detallarán únicamente las

²¹ Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA). Las Entidades de Atención en el Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. (2002). ISNA Ediciones (P. 9)

²² Instituto Salvadoreño del Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA)(2002). Áreas de trabajo. Consultada: 8/03/2016, 2:29pm. Disponible en: http://www.isna.gob.sv/ISNA/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=86

funciones que hacen referencia al objeto de la presente investigación, las cuales se describirán a continuación:

1. “Difundir en todo el territorio nacional la PNPNA bajo las directrices que emita el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (CONNA).
2. Difundir y promover el conocimiento de los Derechos y deberes de las niñas, niños y adolescentes, así como de los informes del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.
3. Desarrollar programas de protección, asistencia y educación para las niñas, niños y adolescentes cuyos Derechos hayan sido vulnerados o se encuentren amenazados.
4. Elaborar planes y programas de carácter preventivo para la protección de las niñas, niños y adolescentes en su medio familiar y los de atención prestada en los centros estatales, municipales y organismos no gubernamentales.
5. Promover y ejecutar estrategias, planes y programas de formación y capacitación dirigidos a la educación, mejoramiento y especialización de recursos humanos, en las áreas de atención, protección y tratamiento de la niñez y adolescencia, así como en materia de prevención de situaciones que afecten a la niña, niño, adolescente y su familia.
6. Elaborar y decretar el reglamento interno y de funcionamiento del ISNA, así como los que le corresponda aplicar y las demás que le correspondan de conformidad con el ordenamiento jurídico”.²³

²³ Asamblea Legislativa. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Consultada: 9/03/2016, 9:56pm. Disponible en: <file:///G:/INSTRUMENTOS%20JURÍDICOS/20090839.%20Proteccion%20Integral%20Ninez.pdf>

El ISNA a través de sus funciones está comprometido con los niños, niñas y adolescentes ya que a través de la misma vela por el cumplimiento de los Derechos de este sector, con personal calificado en diferentes áreas orientados a lograr la eficacia de los procesos, la mejora continua de los mismos. Así también, promueve la protección de los Derechos e informa a las diferentes instituciones ligadas a su estructura organizativa del funcionamiento y avance de los programas que se llevan a cabo.

✓ **Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia.**

Es la Institución creada por la LEPINA para diseñar, aprobar y vigilar la Política Nacional de Protección a la Niñez y la Adolescencia, coordinar el Sistema Nacional de Protección Integral y defender en forma efectiva los Derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en El Salvador la cual se relacionará y coordinará con los demás Órganos del Estado por medio del Ministerio de Educación.

• **Antecedentes.**

El Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia “fue creado de conformidad a lo establecido en la “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia” –LEPINA, según Decreto Legislativo, N° 839 de fecha 26 de marzo de 2009, publicado en el diario oficial N° 68 Tomo 383 de fecha 16 de abril de 2009”.²⁴ Se rige bajo los valores de integridad, responsabilidad, equidad, compromiso y responsabilidad.

Los órganos que integran este Sistema de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, son los que se mencionan a continuación:²⁵

- El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONNA).

²⁴ Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (CONNA)(2011) “Propuesta Organizativa Planificación CONNA /2011. Para el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia” (P. 4)

²⁵ CONNA(2011). Marco Institucional. Consultada: 08/04/16; 9:00 p.m. Disponible en: <http://www.conna.gob.sv/index.php/institucion/marco-institucional.html>

- Los Comités Locales de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia.
- Las Juntas de Protección de la Niñez y de la Adolescencia.
- Las Asociaciones de Promoción y Asistencia.
- El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia (ISNA).
- El Órgano Judicial.
- La Procuraduría General de la República (PGR).
- La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH).
- ✓ **Integrantes de la Red de Atención Compartida.**

El objetivo fundamental de esta Institución es: “Garantizar el cumplimiento efectivo de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes de El Salvador, mediante la coordinación y funcionamiento del Sistema Nacional de Protección Integral, la implementación y vigilancia de la Política Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia, propiciando las condiciones para el ejercicio de una ciudadanía responsable y capaz de demandar, exigir y transformar la realidad de la niñez y adolescencia”.

De acuerdo a lo anterior, velar por el cumplimiento efectivo de los Derechos humanos de la niñez y la adolescencia es responsabilidad del Estado, sin embargo es a través de esta institución que el gobierno busca garantizar el pleno goce de los Derechos de este sector mediante el desarrollo de la Política Nacional de Protección a la Niñez y Adolescencia (PNPNA), que está orientada a construir las condiciones necesarias para que las presentes y las futuras generaciones de niños, niñas y adolescentes puedan disfrutar de una vida digna, y libre de violencia.

- **Funciones.**

En el Art. 135 de la Ley Integral de Protección de la Niñez y Adolescencia se establece las funciones del CONNA siendo la máxima autoridad del Sistema de Protección Integral en materia de niñez. De igual forma, sólo se mencionarán las competencias que se relacionan con el objeto de la presente investigación las cuales se detallan a continuación:

1. “Diseñar, consultar, aprobar, modificar y difundir la PNPNA;
2. Evaluar la PNPNA, como mínimo cada tres años, y formular las recomendaciones correspondientes;
3. Planificar y coordinar la implementación y funcionamiento del Sistema de Protección Integral para el efectivo cumplimiento de sus fines;
4. Promover la acción de protección en caso de violaciones o amenazas a los Derechos colectivos y difusos de las niñas, niños y adolescentes, a través de la Dirección Ejecutiva;
5. Promover los procesos constitucionales y contencioso administrativo que correspondan cuando determinadas normas, acciones u omisiones vulneren los Derechos de la niñez y de la adolescencia;
6. Denunciar ante los órganos competentes las acciones u omisiones de servicios públicos y privados que amenacen o violen los Derechos de las niñas, niños y adolescentes;
7. Rendir anualmente informe sobre el estado de la niñez y la adolescencia en El Salvador a la Asamblea Legislativa, junto con su informe de labores, así como investigar aspectos específicos relacionados con la niñez y adolescencia. Los informes e investigaciones serán de acceso público y se promoverá su difusión;

8. Difundir y promover el conocimiento de los Derechos y deberes de las niñas, niños y adolescentes, así como de los informes del Comité de los Derechos del Niño;
9. Promover la cooperación internacional en materia de difusión y protección de los Derechos de la niñez y de la adolescencia;
10. Asesorar a los órganos del gobierno sobre la suscripción y ratificación de Tratados Internacionales en materia de Derechos de la niñez y de la adolescencia vigentes en El Salvador”.²⁶

El CONNA a través de sus diferentes áreas busca la coordinación y el efectivo cumplimiento y desarrollo de las políticas, planes y programas que como Institución tiene con la finalidad de garantizar el pleno goce de todos los Derechos para todas las niñas, los niños y los adolescentes de forma equitativa. Como ente creador de la Política Nacional para la Protección de la Niñez y la Adolescencia (PNPNA) tiene que velar por el cumplimiento de la misma y porque se respete lo establecido en esta, de la misma manera tiene que supervisar su modificación cada cierto tiempo.

2.1.4 Los Derechos y Garantías de la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes en El Salvador.

El marco de los Derechos Humanos sobre los cuales está asentado el fundamento de un sistema de igualdad y justicia social para las personas, permite aproximarnos a la definición de la Protección Integral a los Niños, Niñas y Adolescentes²⁷. entendiéndose así que la protección integral tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social,

²⁶ CONNA (2011) “Estructura organizativa. Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia”. Estructura organizativa. Consultada: 10/04/2016, 10:00 pm. Disponible en: <http://www.conna.gob.sv/index.php/institucion/marcoinstitucional.html>

²⁷ Carlos Enrique Tejeiro López (1998), “TEORIA GENERAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA”, (p. 65) editado por UNICEF Colombia.

y con los principios básicos entre los que destacan el de igualdad o no discriminación, el de efectividad y prioridad absoluta, interés superior del niño, y el de solidaridad social.

Al interior del concepto de protección “se encuentra la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades”. Definición que está dirigida, sin duda, al objeto final de la protección como acción dirigida a un grupo social determinado. Interesaría además, formular una definición de protección integral a niños y adolescentes que entrañe las funciones y acciones intrínsecas de su prosecución socio-jurídica.

Hecha esta breve consideración, nos aproximamos a la definición de **Protección Integral** al considerarla como el conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños, niñas y adolescentes gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.

Esta aproximación nos permite ubicar las claras diferencias que existen entre las políticas públicas universales destinadas a generar condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos colectivos o difusos de todos los niños, niñas y adolescentes, con las políticas especiales destinadas básicamente a atender determinadas circunstancias que provocan situaciones de vulnerabilidad a grupos también determinados de niños, niñas y adolescentes.

Las Primeras provocan y generan disfrute Universal de Derechos, las segundas protegen frente a violaciones de estos, para liberar de afecciones sociales o de otra índole a los niños.

En el paradigma de protección integral y en los instrumentos que lo conforman encontramos claramente definidos los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes que nos permiten aproximarnos con claridad al proyecto social de Protección que propone y reconoce como obligación de todos los Estados que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. En ese sentido, destacamos cuatro grupos de derechos:

- Derechos a la Supervivencia.
- Derechos al Desarrollo.
- Derechos a la Participación.
- Derechos a la Protección.

- **Grupo de Supervivencia:**

A la vida: No sólo entendido como derecho a la vida intrínsecamente considerada, es decir, a la vida física, sino en un sentido amplio que comprende tanto la vida física como el derecho a las condiciones para una vida digna, en donde se ubican específicos derechos a la supervivencia y al desarrollo, tales como el desarrollo integral del niño, en lo moral, cultural y social. Este carácter amplio del derecho a la vida, nos permite entender la característica de interdependencia entre diversas categorías de derechos.

A la salud: que entre otras prerrogativas comprende la atención a la salud, el establecimiento de un sistema preventivo de salud, la garantía de asistencia médica y sanitaria, y el combate a las enfermedades y a la desnutrición.

A la seguridad social: que incluye los beneficios de la seguridad social en general, y del seguro social, en particular, para todos los niños.

A no participar en conflictos armados: que además comprende el respeto de las normas de derechos internacional humanitario que le sean aplicables al niño, niña o adolescente en estos casos.

- **Grupo de Desarrollo:**

A la Educación: que debe garantizarse en condiciones de igualdad de oportunidades, de manera obligatoria y gratuita, tanto en el nivel escolar primario, como el fomento de la enseñanza secundaria también de forma gratuita y con asistencia financiera cuando se haga necesario.

A la Cultura y Recreación: teniendo acceso a ellas, con participación efectiva y libre en la vida cultural y en las artes, en condiciones de igualdad, y en especial al derecho cultural, religioso y lingüístico de las minorías étnicas.

Al Nombre y a la Nacionalidad: de forma inmediata después de su nacimiento, lo cual comprende además el derecho a que se le preserve su identidad, incluyendo las relaciones familiares, es decir, tanto el nombre o identidad legal como el familiar y social.

A la libertad de pensamiento, conciencia y religión: en especial el de formarse un pensamiento libre, tener culto y conciencia autónoma.

- **Grupo de Participación:**

En donde se incluyen derechos de gran importancia para el ejercicio de la ciudadanía de los niños y la necesaria interrelación democrática, incluso desde el seno familiar hasta el ámbito público. Entre estos se encuentran los derechos a:

La libertad de expresión e información: que incluye el de expresarse de manera libre, y buscar, recibir y difundir informaciones. La concatenación de éste derecho con el de opinión que

se verá seguidamente, permite colegir sin duda, el derecho a exigir la fuente de proveniencia de la información que se dirige a los niños y a la sociedad en general.

Opinión: que permite la expresión libre del niño o niña en todos los asuntos de su interés, incluyendo los procedimientos administrativos o judiciales.

Asociación: que comprende todo lo relativo a las formas organizativas lícitas, como el de fundarlas, dirigirlas, participar en ellas y celebrar reuniones.

- **Grupo de Protección especial:**

Comprende los derechos a estar protegido contra situaciones específicas de cualquier índole que le son adversas y vulneran derechos a los niños. Entre ellos se encuentran:

- Protección contra toda forma de explotación, perjuicio, abuso físico o mental, maltrato o descuido.
- A los refugiados, asistencia humanitaria adecuada en caso de refugio, sea sólo o con sus padres.

A un proceso justo: en caso de ser procesado por un órgano judicial, lo cual comprende asistencia jurídica adecuada, derecho de defensa, a no ser torturado ni sometido a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, a que no se le imponga pena capital ni prisión perpetua, a no ser detenido o privado de libertad ilegal o arbitrariamente, y en fin, a ser tratado acorde con la dignidad humana.

Contra la venta, el secuestro o trata: ejecutados con cualquier fin o en cualquier forma.

Contra el uso ilícito de estupefacientes: las políticas públicas deben estar concebidas con la integración de todos y cada uno de los derechos comprendidos a su vez en cada uno de estos grupos, como única forma de garantizar una política de protección integral, ya sea desde la

óptica de la prevención, o desde la ejecución programática de atención universal como forma de protección.

De los derechos mencionados, contenidos principalmente en la Doctrina de Protección Integral, los derechos a la supervivencia, a la protección y a la participación forman un conjunto que convoca a la prioridad absoluta para todos los niños, niñas y adolescentes, para que se formulen y ejecuten políticas de Estado destinadas a la totalidad de la niñez y la adolescencia en materia de derechos y garantías a la vida, salud, educación, alimentación, esparcimiento, asociación juvenil, cultura, libertad, justicia y, en fin, al conjunto de derechos relacionados con el desarrollo personal y social, con la integridad y con igualdad.

El último grupo de derechos señalado, es decir, el derecho a la protección especial es precisamente aquel que comprende el reconocimiento de protección ante situaciones que podemos llamar de “desventaja” en que se encuentra un niño o niña (por abuso, maltrato, explotación, o cualquier otra circunstancia), y en las que obviamente no están comprendidos todos y cada uno de los niños y niñas, aunque se proyecta incondicionalmente reconociendo la protección especial a todos aquellos que pudieran estar en esas situaciones en un momento determinado.

Las medidas de Protección constituyen así, en el sentido pedagógico del asunto, la anteposición a la protección colectiva o difusa, por cuanto ésta última está dirigida a la garantía del disfrute pleno de los derechos de supervivencia, desarrollo y participación para todos los niños, niñas y adolescentes, especialmente a través de la activación de los mecanismos de política y gestión pública, de manera permanente y continuada en la prestación de servicios y bienes para la satisfacción de esos derechos, mientras que la protección especial, que se expresa en medidas especiales, opera como mecanismo restitutorio e incluso como mecanismo con

efectos de prevención inicial o de control social activo, pero sólo en casos individuales o de pequeños grupos de niños fácilmente individualizables y determinables.

La Convención sobre los Derechos del Niño acuerda medidas especiales de protección que se conviertan en formas sociales de impacto real para transformar la situación de abierta desprotección en que se encuentran grupos determinados de niños y niñas. Así como se prevé el cumplir y garantizar derechos en las políticas globales de una sociedad, también se precisa la protección (de carácter especial), a determinados grupos de niños, o a un niño en particular, de las situaciones adversas que le vulneran su condición humana. En la comprensión meramente jurídica, la protección especial no está dirigida al reconocimiento de situaciones o condiciones jurídicas subjetivas del ser humano (salud, educación, vida digna, entre otros.), sino al reconocimiento del derecho a ser protegido frente a situaciones de hecho que impiden el ejercicio de otros derechos, o violentan derechos, es decir la protección de hecho para ejercer la condición subjetiva de derecho y para restituir la situación a parámetros normales de protección. En consecuencia se trata de una atención positiva y preferencial de los niños que se encuentran en estas situaciones especiales de desprotección.

De esta manera, las situaciones de hecho que constituyen violaciones individuales se encuentran estrechamente vinculadas a causas estructurales que por lo general tienen su raíz en la ausencia de políticas de prevención y protección general, colectiva, y no precisamente singular. Así, muchas situaciones en el seno de una familia determinada son expresión de las carencias estructurales devenidas de la pobreza generalizada en la sociedad, por lo que la planificación general de la gestión social del Estado debe estar orientada a concebir y ejecutar eficazmente las políticas generales de protección especial para atender desde lo sustancialmente estructural a los niños individualmente considerados, y a sus familias.

2.2 Aspectos Generales de la Capacidad Progresiva de Niño, Niña y Adolescente y sus Garantías Procesales.

2.2.1 Doctrinas y Teorías Evolutivas de la Protección Integral de los Niños, Niñas y Adolescentes.

❖ Doctrinas:

✓ Doctrina de la Situación Irregular.

En 1974 se precisa de una definición de Situación Irregular, por parte del Instituto Interamericano del Niño, estableciendo que es cuando un menor ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material y moral o padece déficit físico o mental, agregando que se encuentran también en Situación Irregular los menores que no reciben tratamiento, educación y los cuidados que corresponden a sus individualidades, este concepto permite abordar las características que tanto en la praxis, como en las normas legales tiene la doctrina de situación irregular, desde que la primera (la práctica), inició su tratamiento diferencial hace más de 7 siglos, pasando por las Cortes Inglesas, hasta la segunda mitad del siglo XX.

En el continente americano, estas praxis y tesis legislativas, constituyeron una especie de imposición histórica, impulsada por el positivismo e iluminismo, en donde el punto de referencia en el ámbito legal lo marca la creación del primer Tribunal de Menores en Illinois, Chicago, EUA en 1899.

Características de la Situación Irregular.

Las características más resaltantes del comportamiento tutelar hacia la infancia y adolescencia, son las siguientes:

- **La Discriminación:**

La principal característica del paradigma de Situación Irregular consiste en el establecimiento de serias diferencias al interior de la categoría social “infancia”, dando también un tratamiento diferenciado a cada grupo derivado de la división producida a su interior. Estas diferencias se cimentan en la mayor o menor relación de las necesidades o problemas entre uno y otro grupo de niños. Esta odiosa expresión de la Doctrina de la Situación Irregular reposa en la consideración minorista del niño como resultado de la expresión clasista de la sociedad, y en particular, de los niños; estableciendo un “tratamiento” diferenciado entre excluidos e incluidos sociales. “La doctrina de la situación irregular es la doctrina de las dos niñeces y de las dos adolescencias, la doctrina de la situación irregular no se dirige a todos los niños, pero si a una parte de ellos, que son los niños carentes, abandonados, inadaptados e infractores. Tampoco trata de todos los derechos; solamente de la protección y de la vigilancia. La protección para los carentes, los abandonados, la vigilancia, la represión para los inadaptados y los infractores. Entonces, solamente estos niños son objeto de los códigos de menores, basados en la doctrina de la situación irregular...”²⁸

Resulta evidente que la discriminación es el fundamento principal de la Doctrina de la Situación Irregular, discriminación a la que se le pretendió dar fundamento legal a través de cuerpos jurídicos, verdaderos adesivos poco legales, poco jurídicos y ciertamente violatorios del más anhelado principio de los Derechos Humanos: La Igualdad.

- **La Judicialización:**

Existe judicialización social cuando conflictos de naturaleza extraña a lo jurídico son atribuidos o conocidos arbitrariamente por la competencia de los órganos del poder judicial. Cuando los conflictos sociales pertenecen a la esfera de la supra estructura de organización

²⁸ GOMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS (Octubre 1995). “Futuro de las Políticas Públicas para la Infancia en América Latina”. (pág. 172) “En el IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia”.

política del estado para su resolución por vía de las políticas públicas, y por vía legal o por arbitrariedad no es éste el que las conoce y resuelve, estamos en presencia de la figura de la judicialización de los problemas sociales.

La Doctrina de la Situación Irregular divide profundamente a la Infancia en categorías sociales:

Por una parte, los Niños, aquellos que tienen satisfechas sus necesidades y derechos, los que no tienen problemas y carencias sociales, es decir, los que pertenecen a las categorías sociales privilegiadas, y por la otra parte, los Menores, que son aquellos excluidos de la justicia social y del cumplimiento de los más elementales derechos humanos, es decir, los que están excluidos de derechos como la Educación, Salud, Asistencia médica y social, la Familia, entre otros. En una frase podríamos pronunciar el enunciado o la formulación de la Situación Irregular, que se expresa diciendo que: **“Los Niños no son todos los que están, ni están todos los Niños que son”**, al no otorgar ningún derecho para muchos niños.

A los Incluidos se les llama **Niños** y a los excluidos se les llama **Menores**; la incapacidad social de estos últimos resulta entonces motivo pleno y suficiente para la declaratoria de su tutelaje por parte del Estado, muy lejos de pretender la superación de las causas estructurales que dan lugar a las diferencias sociales en el interior de la categoría infancia, la situación irregular declara la incapacitación de los carenciados sociales, y para ello elabora un catálogo de situaciones de hecho posibles, verdaderos supuestos de indiscutible carácter social, pero inexplicablemente atribuidos al conocimiento de los Órganos Judiciales. Estos supuestos de hechos sociales se resumen en:

1. **Los Abandonados Material y Moralmente:** es decir, aquellos que no tienen habitación cierta, que no tienen Escuela, que no reciben el afecto espiritual de sus

padres, y cualesquiera otras situaciones similares de carencias socioeconómicas o afectivas.

2. **Los que se encuentran en Situación de Peligro:** aquellos niños que se encuentra en riesgo para su salud física, moral o psicológica. Queda entendido además que son aquellos niños que por una conducta de terceros, de la sociedad, o por cualquier otra circunstancia (inclusive de la naturaleza), reúnen condiciones de peligro, tanto para ellos mismos como para la sociedad.

- **La Discrecionalidad:**

Para la situación irregular, los supuestos de hecho social o particular son sólo de tipo enunciativo, dándole poder ilimitado al Órgano Judicial para crear cualquier otra u otras tipologías sociales como suficientes a los efectos de la declaratoria de abandono o peligro, y de consecuencia, de situación irregular. La libertad de discreción o libre discrecionalidad judicial se instituye así en otras de las características del tutelaje que hace posible que un hecho inimaginable del mundo social se transforme en causa judicial.

- **Negación del Contradictorio:**

Los principios universales de derecho adjetivo reconocen el indiscutible derecho de todas las personas a un proceso contradictorio ante un juez imparcial, con igualdad de derechos para las partes. Por efecto del proceso contradictorio, toda persona tiene acceso y uso de actos procesales que permitan desvirtuar, a través de la defensa, las imputaciones que en su contra se discuten. Estos actos procesales permiten, por ejemplo, liberar de obligaciones, demostrar el cumplimiento de un deber, la propiedad o posesión sobre los bienes, o la ausencia o eximencia de responsabilidad penal.

En los procesos para la declaratoria de situación irregular a los menores, este derecho a un proceso contradictorio está absolutamente vetado. Un particular proceso en donde el juez, por efecto de su inmenso poder jurisdiccional, puede ser parte evacuando cuántas pruebas considere pertinente para la demostración de los hechos, pero el menor no puede hacer uso de ningún acto procesal de defensa que le permita oponerse, de hecho y con formulaciones de derecho, a la causa que se le imputa.

Es decir, que el juez es director y parte interesada en las resultas del proceso, en una verdadera acción inquisitiva de lo social, pero el procesado está predestinado a cumplir un rol pasivo como el del condenado al hacha de su verdugo. Con esta particular característica, el proceso de situación irregular está muy lejos de reunir las condiciones procesales para ser considerado juicio justo.

Las características de la situación irregular indican que los menores, como categoría divisora de los niños, que además de no tener cubiertos los derechos sociales básicos, de no recibir educación, salud, atención, cuidados y orientación cultural y familiar adecuados, además de no tener derechos ciudadanos, son considerados en situación irregular, son declarados menores, en consecuencia incapaces de ser ciudadanos, por su propia condición de pobreza.

En esta situación, el niño o niña resulta agente o víctima de su propia condición, por tanto no se figura el análisis judicial o administrativo, según sea el caso, como una violación del derecho a la crianza y cuidado en la familia, o al acceso a los servicios que deben cumplirles sus derechos, juzgando la condición del niño y no juzgando las causas estructurales de estas violaciones de derechos, haciendo responsable al niño de la situación de desigualdad social, y no responsabilizando a las causas estructurales o intermedias que originan tales vulneraciones. Por tanto, bajo un régimen tutelar, sin duda no se condenaran obligaciones de hacer o de dejar de

hacer, o de omisión a las instituciones que deban proveer derechos a la educación, nutrición y vida digna a la familia, sino que se procesará al niño, como responsable de su propia situación, doble victimización, característica de una interpretación inadecuada en términos de derechos humanos.

✓ **Doctrina de la Protección Integral.**

Para derivar el concepto de Protección Integral se va a cumplir una función elemental en la delimitación de las funciones de los órganos, entes y programas que forman los Sistemas de Protección a la Niñez y Adolescencia en la mayoría de los países de la Región de América Latina que han adecuado su legislación a la CDN e iniciado un proceso de instauración, funcionamiento y/o consolidación de estos sistemas.

El criterio de la integralidad está considerado como esencial en el diseño de toda norma de protección de los derechos de la niñez y adolescencia, ya que su materialización exige garantizar todos los derechos a todas las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna y no sólo a los que se consideran en situación de riesgo social o peligro.

Por otra parte, se garantizan tanto los derechos colectivos o difusos como los derechos individualmente amenazados o violados, haciendo énfasis en que la protección no debe reducirse a lo meramente jurídico, sino, primordialmente, privilegiar la protección social, que se refiere a la concepción e implementación de políticas públicas destinadas a garantizar derechos básicos de niñas, niños y adolescentes de forma prioritaria.

Tejeiro López²⁹, ha dicho que al interior del concepto de protección "se encuentra la búsqueda de la proyección general del niño y el adolescente como entes éticos, el desarrollo de su misma personalidad en términos de sus potencialidades". La definición de éste autor está

²⁹ Carlos Enrique Tejeiro López (1998), "TEORIA GENERAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA", (pág. 65), editado por UNICEF Colombia.

dirigida, sin duda, al objeto final de la protección como acción dirigida a un grupo social determinado. Interesaría además, formular una definición de protección integral a niños y adolescentes que entrañe las funciones y acciones intrínsecas de su prosecución socio-jurídica.

Hecha esta breve consideración, nos aproximarnos a la definición de **Protección Integral** al considerarla como el conjunto de acciones, políticas, planes y Programas que con Prioridad Absoluta se dictan y ejecutan desde el Estado, con la firme participación y solidaridad de la Familia y la sociedad para garantizar que todos los Niños y Niñas gocen de manera efectiva y sin discriminación de los derechos humanos a la Supervivencia, al Desarrollo y a la Participación, al tiempo que atienda las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinado grupo de niños que han sido vulnerados en sus derechos.

Esta aproximación nos permite ubicar las claras diferencias que existen entre las políticas públicas universales destinadas a generar condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos colectivos y difusos de todos los niños, niñas y adolescentes, con las políticas especiales destinadas básicamente a atender determinadas circunstancias que provocan situaciones de vulnerabilidad a grupos también determinados de niños, niñas y adolescentes.

Como se aprecia del concepto que asumimos de Protección Integral, abarca principios, sujetos protegidos y derechos reconocidos, en una noción que ocupa de forma global tanto la protección universal de derechos, como la protección especial.

Por tanto los elementos que usan para elaboración de un concepto de protección integral son:

- Prevención
- Protección

- Atención

Prevención: es la acción y efecto de prevenir (preparar con antelación lo necesario para un fin, anticiparse a una dificultad, prever un daño, avisar a alguien de algo). Por la tanto, es la disposición que se hace de forma anticipada para minimizar un riesgo de los niños, niñas y adolescentes. El objetivo de prevenir es lograr que un perjuicio eventual no se concrete.

Protección: es la acción y efecto de proteger (resguardar, defender o amparar a algo o alguien) para los niños, niñas y adolescentes. La protección es un cuidado preventivo ante un eventual riesgo o problema.

Atención: es la acción que se tomara para proteger al niño, niña y adolescente para la protección de derechos y garantías.

Se afirma que la conformación de estos Sistemas de Protección no constituye un atropello legislativo, ni un suceso u ocurrencia personal, sino que responden al criterio de integralidad que describe la LEPINA, a su vez un sustrato del concepto adecuado de Protección Integral. Va a cumplir una función elemental en la delimitación de las funciones de los órganos, entes y programas que forman los Sistemas de Protección a la Niñez y Adolescencia en la mayoría de los países de la Región de América Latina.

Ahora bien, éste concepto de Protección Integral es el resultado de una serie de instrumentos internacionales que sirvieron de base para unificar criterios y tomar lo mejor de cada uno para obtener un óptimo resultado en cuanto al concepto de Protección Integral del niño, niña y adolescente, o por lo menos tener un concepto de lo que se quería prever como Protección Integral, entre estos instrumentos encontramos:

- La Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), en ella se consagra la necesidad de proporcionar al niño una Protección especial.

- La Convención sobre los Derechos del Niño (1989), esta convención reconoce a los niños y niñas todos los derechos que se consagran en los pactos internacionales de derechos humanos sin ningún tipo de discriminación.
- La Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) año 1985. Contiene orientaciones básicas con fines de prevención del delito, así como las reglas para procesar a los menores que incurran en delitos.
- Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de Riyadh, 1990) el cual se basa en: Establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la Protección de los Menores privados de libertad en todas sus formas de manera compatible con los Derechos humanos y libertades fundamentales, y con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad.

✓ **Teorías:**

- **Teoría de la Situación Irregular.**

El año de 1922 marca la pauta del surgimiento de la carta de los niños, elaborada por la Fundación Salvemos a los Niños, conocida más como los Salvadores de los Niños, fundación liderada por la aristocracia que tenía más intenciones de afianzamiento político que propiamente el beneficio de la infancia. Esta etapa ve surgir un interés del menor que aunque no es prevalente prioriza que el Estado se responsabilice en la formación y protección de la niñez. No se manifiesta el interés del menor, se caracterizó por considerar que el niño era un enfermo o un ser con desarrollo incompleto, por lo que se le hizo objeto de protección, pero no se le reconoció su necesidad a ser considerado como sujeto de Derecho. Este pensamiento sobre los niños, niñas y

adolescentes guio el accionar en la protección del niño, niña y adolescente, que no distinguía si su situación era de riesgo, abandono o se encontraban en conflicto.

- **Teoría de la Voluntad o Teoría de la Elección.**

La clásica teoría de la voluntad (o volitiva) sostenía el imperio de la voluntad interna, de la cual la declaración era considerada sólo como un mero instrumento; la voluntad es "lo único importante y eficaz" (Savigny). La voluntad interna, como lo interno y efectivamente querido, es el elemento necesario para la creación, interpretación y efectos del acto jurídico. En caso de disconformidad entre la intención y la declaración, hay una falsa apariencia de declaración, una declaración sin voluntad que no tiene importancia alguna. Solamente la voluntad interna, como hecho psíquico, es capaz de dar vida al acto jurídico.

El principio fundamental de esta teoría es el dogma de la autonomía de la voluntad como punto de confluencia jurídica de los elementos: el liberalismo económico y la filosofía individualista y voluntarista; el acto jurídico es obra exclusiva de la voluntad real, ésta es su única justificación. La voluntad es soberana para conducir a la celebración del acto y para determinar sus efectos. No hay acto jurídico sin voluntad real, por lo que se admite la invalidez del acto por los vicios de error, dolo o violencia, como un medio para defender a la persona humana en su atributo más inviolable: la voluntad jurídica.

El acto jurídico, como instrumento de libertad humana, deriva su fuerza vinculatoria de la voluntad de las partes, que son soberanas para celebrarlo o no y si han tomado la decisión de celebrarlo, son soberanas para establecer libremente sus efectos jurídicos la voluntad soberana es la única que puede comprometer a los individuos, nadie puede ser obligado, salvo escasas excepciones establecidas por la ley, al concluir un acto jurídico que no desea; la persona decide soberanamente por su celebración o por su rechazo, y se han tomado la decisión de celebrarlo,

solamente se consideran como sus estipulaciones las aceptadas por las partes, es decir, el acto o negocio jurídico no produce otros efectos que los queridos por las partes.

Por la soberanía de la voluntad, el acto jurídico se celebra y se ejecuta conforme ha sido querido realmente por las partes, sin que la ley pueda inmiscuirse en él. Así, en materia de contratos, las normas de la ley sólo tienen carácter supletorio, destinadas a llenar las lagunas de la voluntad, pero no podrían reemplazar las disposiciones acordadas por las partes. Si la voluntad real, efectiva, es el elemento esencial del acto jurídico, se debe derivar como lógica consecuencia la invalidez del acto cada vez que se pruebe que la declaración no corresponda exactamente a la efectiva voluntad.

- **Fundamentación jurídica de los derechos del niño.**

La revisión crítica de las posturas actuales sobre los derechos del niño ha puesto de relieve las recíprocas contribuciones que ofrecen, por una parte, las teorías del derecho al delicado problema del niño como sujeto de derecho y, por otra, las peculiaridades sobre los derechos del niño respecto de las teorías de los derechos subjetivos en general; en este sentido es paradigmático el reto lanzado por Mac Cormick, a finales de los años setenta los derechos del niño ponen a prueba las teorías de los derechos en general; incluso para las teorías libertarias.

Las teorías jurídicas que intervienen en la fundamentación de los derechos del niño pertenecen a la tradición filosófica anglosajona, si bien reflejan buena parte de los problemas y tensiones que hemos visto en el anterior apartado, constituyen una referencia inexcusable en nuestros días las principales teorías que han abordado la cuestión de la fundamentación de los derechos del niño son: la teoría de la voluntad o elección y la teoría del interés.

La teoría de la voluntad o teoría de la elección, establece que los derechos se han de entender como potestades del titular para prescribir obligaciones en otros sujetos, siendo esto así,

la característica distintiva del poseedor de un derecho subjetivo es la voluntad o discreción del titular con relación al contenido del derecho, el poder o la libertad (en sentido jurídico o ético) son las notas definitorias del titular del derecho y presuponen entonces la posesión de cierta capacidad de acción, en el sentido de poder llevar a cabo intencionalmente elecciones morales con consecuencias jurídicamente relevantes.

Únicamente quienes tengan agencia o autonomía moral, esto es, la capacidad de actuar a la luz de razones morales específicas, pueden ser titulares de derechos; sobre la base de estas premisas teóricas, se entiende fácilmente que considerar al niño como titular de derechos resulta un asunto controvertido, así, algunos autores han concluido que el niño, al carecer de autonomía o capacidad propia para actuar como un agente moral, no tendría derechos morales o humanos en absoluto, esta afirmación tan contundente y a la vista de sus implicaciones, se ha visto matizada por dos estrategias argumentativas.

La primera: apela a la “representación” en virtud del cual los derechos adscritos al menor se pueden hacer valer por parte de un sujeto capacitado que actúe en su nombre y por cuenta del representado.

La segunda: es el argumento de la potencialidad o argumento “evolucionista” respecto de los derechos, se tiene en cuenta el paso de una condición inicial de dependencia e inmadurez a una ulterior caracterizada por la adquisición de racionalidad y responsabilidad; los niños, paulatinamente y según avanza su desarrollo madurativo, adquieren progresivamente los distintos elementos normativos de los que se compone el derecho.

- **Teoría del Interés o Beneficio.**

La teoría del interés o beneficio afirma que la característica esencial para fundar un derecho consistiría en determinar, de la forma más objetiva posible, la existencia de una

necesidad básica o un interés superior a favor del sujeto titular. Esta necesidad o interés reviste tal importancia que conllevaría la imposición de obligaciones morales a otros sujetos o instituciones para su cumplimiento efectivo. Entonces, desde el punto de vista de su fundamentación, la peculiaridad de los derechos del niño, niña y adolescente residiría en que autorizan a poner en cuestión la preeminencia de la voluntad, del poder o de la capacidad del agente como característica definitoria para poder ser considerado como titular de derechos subjetivos, de este modo, nos permitirían centrar la atención en el aspecto “objetivo” (en relación con los fines del sistema normativo), esto es, respecto a la satisfacción de un interés o de una necesidad tal que no se pueden dejar a la discrecionalidad del titular.

Desde la teoría del interés se supone que los derechos pueden ser lógicamente anteriores a los deberes y que respecto de estos derechos la voluntad del menor sería irrelevante, ya que no se puede hablar de una facultad para renunciar a su cumplimiento, e incluso éste podría ser forzoso. Así, la aceptación de la teoría del interés como justificación de los derechos del niño, niña y adolescente significa fundamentas acepciones a varios de los paradigmas tradicionales del derecho, por ejemplo, la no-intervención por parte de la autoridad pública en el ámbito privado.

En definitiva, la teoría del interés supone una alternativa a la dificultad de la teoría de la voluntad para explicar los derechos que suponen una acción positiva de los poderes públicos y de los particulares para la satisfacción de necesidades básicas del niño, niña y adolescente, cuya satisfacción, dada su importancia (educación, asistencia sanitaria) no se puede hacer depender de un acto voluntario del titular; no es plausible afirma, como insinúa la teoría de la voluntad o elección, que un derecho subsista sólo cuando exista un poder que pueda ser activado por parte del titular; por el contrario, es frente a un derecho (es decir, un bien o un interés particularmente relevante para el sujeto titular) cuando se debe establecer el deber que lo satisfaga, así como las

formas (y, en consecuencia, también los poderes) por medio de las cuales exigir su cumplimiento.

En cualquier caso, hay que puntualizar que las discrepancias que se presentan desde las dos perspectivas teóricas no se traducen en la negación de una protección especial para los niños, niñas y adolescentes en la obligación por parte de los adultos de atender sus necesidades de modo que puedan desarrollarse adecuadamente; el punto de desacuerdo reside en si la titularidad de derechos es deseable y teóricamente sustentable, o si, por el contrario, la tutela y protección debe tener otros conductos normativos, bien jurídicos o bien morales.

La alternativa a las teorías de la voluntad son las teorías del interés que conciben a los derechos como instrumentos para promover y proteger el bienestar y los intereses de los individuos; los niños, niñas y adolescentes, por tanto, tendrían un derecho si otro tiene el deber de llevar a cabo cierto acto en interés del primero, es decir, que lo determinante a la hora de identificar o de atribuir derechos no es la voluntad de nadie, sino el provecho o el beneficio que alguien obtiene del cumplimiento de una obligación.

En los orígenes de las teorías del interés encontramos las tesis de Bentham a propósito de la relación entre derechos y beneficiarios de obligaciones³⁰. En el modelo de Bentham ser titular de un derecho significa ser el beneficiario de una obligación de otro, junto a esta versión de la teoría del interés, denominada “protectora” por poner el énfasis en la función protectora o de preservación de los derechos que se ejercen sobre los intereses de los niños, niñas y adolescentes, existe otra variante de la teoría del interés denominada “justificadora”, un individuo, según esta versión, tendría un derecho cuando un interés o algún aspecto de su bienestar es razón suficiente para sostener que otro sujeto o sujetos tienen un deber, es decir, que afirmar que alguien tiene un

³⁰ La referencia a R. von Ihering es también ineludible (1952). “Una síntesis de la teoría del interés de Ihering en Dabin” (pág. 81-90).

derecho supone sostener que un aspecto del bienestar de esta persona es una razón que requiere un cierto comportamiento en otros; los derechos, por tanto, son los fundamentos de los deberes de otros.

La teoría del interés también ha sido objeto de diversas objeciones, la más inmediata sugiere que existen derechos que no benefician a su titular ni son de su interés por el simple motivo de que podrían ir en su perjuicio³¹. Otra objeción común apunta a la existencia de terceros beneficiarios o beneficiarios en cascada del cumplimiento de ciertos deberes, quienes, de acuerdo a la teoría del interés, tendrían que considerarse titulares de un derecho frente a un obligado con el que podrían no tener vínculo relevante alguno; también se ha criticado la falta de correspondencia que existe en muchas ocasiones entre el peso del interés protegido o justificatorio y el peso del derecho, esa dimensión del peso abriría además la puerta al cálculo utilitario en materia de derechos y permitiría la comparación y ponderación así como las compensaciones o ajustes entre derechos e intereses concurrentes en un caso, como consecuencia, la teoría del interés no podría dar cuenta del hecho de que los derechos son concebidos con frecuencia como factores o razones que están fuera de cualquier cálculo utilitario y que, por tanto, no pueden ser confrontados con otros intereses del sujeto titular o con intereses generales; por último, y como ocurría con la teoría de la voluntad, se ha destacado la vinculación de la teoría del interés a filosofías y planteamientos políticos welfaristas, lo que también la convertiría en una tesis ideológicamente condicionada y parcial en el seno de un debate pretendidamente analítico.

- **Teoría del Interés Superior del Niño.**

³¹ Los teóricos del interés han intentado sortear esta objeción distinguiendo entre el beneficio en general y, de otro lado, los casos particulares de perjuicio que no serían teóricamente relevantes. Vid. Raz (1986, p. 168), Maccormick (2008, p. 329) o Kramer (1998, p. 93-97).

Se dice que la protección del interés superior del menor considerado como prevalente es responsabilidad del Estado, considerado así, a partir de mediados del siglo XIX, con la regulación del Principio referido en la normativa internacional, aunque no en el mismo concepto que se regula hoy en día pues comenzó a ser regulado como “Interés del Niño” y como “Derechos del Niño” evolucionando en su conceptualización y consideración en la normativa, hasta llegar a ser definido y regulado como “Interés Superior del Niño” que aparece expresamente como un principio fundamental que persigue la finalidad de ofrecer al niño o menor la posibilidad de un bienestar integral que le permita un buen desarrollo tanto físico como mental.

A nivel internacional en la regulación y protección del principio del interés superior que da paso a las regulaciones que cada país concede sobre el mismo en aras de otorgar una protección especial y una garantía fundamental a ese ser que en un principio no era considerado siquiera como sujeto aunque lo fuese, teniéndose en ese nivel internacional regulación consideración y definiciones del principio referido en países como Canadá, Nueva Zelanda, España, Guatemala entre otros; que han participado en la suscripción de diversidad tratados que regulan protegen y garantizan el principio en estudio pudiendo decir con ello que el “menor ha ganado un espacio más amplio en su consideración como sujeto de derechos, pues se le reconoce una capacidad progresiva que le da una especial protección considerando al menor como persona.”

Es a nivel internacional, antes que en El Salvador, donde se comienza a reconocer la importancia de los derechos del niño, de manera legal, lo que sirvió de base para la creación de otras legislaciones entre, las que tuvieron como principal inspiración los Tratados Internacionales suscrito por una diversidad de países que vieron en inicio la necesidad de darle la relevancia que

tienen los derechos del niño, desde el momento de la concepción hasta que deja de llamarse tal, es decir hasta los dieciocho años.

- **Surgimientos de las Teorías en relación al Principio de Interés Superior del Niño.**

En el siglo XX el niño sigue en la tutela de los padres y depende básicamente de ellos y al mismo tiempo se abre el espacio necesario para considerarlo sujeto de derecho, por lo que muchas instituciones generan a su alrededor varias teorías sobre el interés superior del niño, como inicialmente era considerado y que en muchas legislaciones aún se considera, dándose las teorías más relevantes, comentadas y consideradas, como lo son la teoría de la situación irregular y la teoría de la protección integral, en orden de aparición, refiriéndose a la primera anteriormente, por lo que le sigue una nueva doctrina de protección Integral.

- **El Interés Superior del Niño desde la Doctrina de la Protección Integral.**

El modelo tutelar, fundado en los instrumentos normativos anteriores, llega a su quiebre cuando por consenso mundial la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución No. 44/25 del 20 de noviembre de 1989, dicta la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) la cual significó el reconocimiento del niño como sujeto de derechos. A partir de este instrumento internacional, se ha dado el surgimiento de cuerpos normativos de la niñez y el reconocimiento de sus derechos, principalmente, con plenas facultades para su exigencia, ya no solo objeto de protección por parte del Estado. Es valioso mencionar que, el niño a partir de ese momento, seguirá siendo objeto de protección por parte de la familia y el Estado, y no podría ser otra cosa, por la situación de dependencia física, emocional y psicológica en los primeros años de vida.

Desde la Convención sobre los Derechos del Niño, se define niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, se reconoce a aquellos que no estaban siendo contados como

seres humanos, ahora, con derechos y obligaciones, frente a los padres (Art. 9 CDN) y al Estado (Art. 19 CDN), y un derecho inestimable, el derecho de ser oídos en todo tipo de decisiones que les afecta³²; sin embargo, continúan necesitados de una protección especial, por su condición de vulnerabilidad. Este instrumento internacional, es complementado con sus Protocolos Facultativos: el primero, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía; el segundo, relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados; y el relativo al Procedimiento de Comunicación³³. Con ellos, se forma todo un plexo normativo que incluye, no solo los tratados, sino las convenciones, declaraciones y/o recomendaciones que surgen de los comités que verifican el cumplimiento de las convenciones, a partir de tales documentos, la perspectiva sobre la persona del niño es transformada y se rompe con el sistema tutelar.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, en primer lugar, se reconoce y garantiza como derechos del niño la sobrevivencia, el desarrollo, la protección y la participación, derechos que están completamente integrados, es decir, son inseparables; además, de los principios del nuevo derecho de la niñez: interés superior del niño, no discriminación, igualdad de derechos, desarrollo progresivo y el respeto a la opinión del niño.

La suscripción y ratificación de dicha Convención por parte de los Estados, acarrea una serie de obligaciones frente a los organismos internacionales e incluso de exigencia por parte de los nacionales; porque la ratificación, lleva al sometimiento, verificación y control de los

³² Art.12 CDN. Establece que: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

³³ “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones. D.O. No. 230, tomo 405, publicado 9-12-14.”, s. f.

organismos creados para tal efecto; en este sentido, las observaciones generales y las especiales que dicta el Comité sobre los Derechos del Niño, influyen en las posteriores acciones de los Estados a quienes van dirigidas. De esta forma, los Estados asumen la obligación positiva de remover todos los obstáculos que puedan impedir, o hacer nulos, los derechos de la niñez, sean prácticas o normas que requieran ser derogadas; de modo tal que, si advierte alguna circunstancia o condición que los impide, debe actuar diligentemente.

Para Farith Simon Campana, las principales novedades de la Convención sobre los Derechos del Niño son: El reconocimiento al niño como sujeto de derechos, la integralidad de los derechos y el interés superior del niño; expresa que “Es el reconocimiento de la infancia y adolescencia como sujetos plenos de derechos y no exclusivamente como sujeto pasivo de medidas de protección... La condición de niño no es justificación para darles una categoría inferior en el ejercicio de los derechos civiles... Su influencia en la sociedad refuerza su derecho a la participación en la toma de decisiones familiares y sociales”; también, a partir de la Convención, los derechos del niño gozan de la cualidad de integralidad, es decir, “el reconocimiento que todos los derechos están interrelacionados, derechos civiles, políticos, sociales, culturales, y que no pueden establecerse plazos o límites temporales para su ejercicio. No obstante, lo indicado en el Art. 4 CDN”.

En cuanto al interés superior del niño, a pesar de que es un concepto fundamental de la doctrina de la protección integral, lo deja como un concepto indeterminado, dado su carácter dinámico y casuístico; sin embargo, lo eleva a la categoría de consideración primordial en todas las decisiones públicas o privadas de bienestar social, de los tribunales, de las autoridades administrativas o legislativas que tengan que ver con la niñez, Art. 3 párrafo 1 CDN. Paradójicamente, el concepto de “interés superior del niño”, en beneficio del propio niño, si bien

se reconoce como pilar del nuevo sistema de protección, también, fue utilizado por el sistema tutelar para fundar el poder discrecional amplio y fuerte sobre su vida; de tal manera que, ahora se debe llenar de nuevo contenido a favor del niño y adolescente, abandonando viejas opiniones sobre la persona del niño que le excluyen del goce y ejercicio de sus derechos³⁴.

En atención a lo cual, interés superior, puede y debe ser entendido como preferente o privilegiado, en comparación con otros derechos de los adultos, de los padres o de la familia; tanto es así que, algunos autores lo consideran como institución o principio, cualquiera que sea su definición, lo importante es su entendimiento y comprensión en su contexto; de modo que, no se convierta en instrumento utilizado para restringir derechos, porque, como concepto indeterminado, de acuerdo al contexto cultural en donde se lleve a aplicación, es posible utilizarlo para obstaculizar el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes.

✓ **Otras Teorías.**

Dentro de la formación del principio del interés superior del niño también tuvieron influencia otras teorías, aunque la mayoría estaban orientadas al tratamiento de los niños, niñas y adolescentes en conflicto, eran pues teorías penalistas, y trataban de como sancionar o por lo menos prevenir la delincuencia juvenil. Las más conocida de estas teorías fueron la teoría Lombrosiana del niño, es decir, la que sostuvo Cesar Lombroso, que recogía más que todo de aspectos psicológicos y morfológicos, sosteniendo que los niños, niñas y adolescentes que delinquirían tenían una naturaleza delictiva y reconocían en ellos ciertos indicadores aparenciales y de índole psicológico. Otra era la Teoría positivista que sostenía que los niños, niñas y adolescentes, sobre todo los niños, niñas y adolescentes pobres, estaban propensos a delinquir y

³⁴ Freedman, Diego (2015), “Los riesgos del interés superior del niño”. Paráfrasis (p.3).

que por naturaleza eran considerados como enfermos; la tendencia era separarlos de la sociedad en la esperanza de protegerlos, aún en deterioro de su educación.

2.2.2 Principios de Protección Integral a los Derechos de la Niñez y Adolescencia.

✓ Principio a la Igualdad o No Discriminación.

Es el pilar fundamental sobre el cual se construye la filosofía de los Derechos Humanos y se erige como base para la universalidad de estos derechos; el carácter universal de las políticas sociales tiene que ver de manera inmediata con este principio, así como la aplicación y ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes tiene que ver con que esta aplicación y este ejercicio está dirigido a vencer las condiciones, situaciones y circunstancias, generalmente sociales, económicas y culturales, que generan discriminación y, por ende, desigualdad.

La Prohibición de discriminación es, entonces, el presupuesto (entiéndase el principio) inicial para la construcción de políticas de protección integral, incluidas las políticas legislativas del Estado, se encuentra contenido en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en los siguientes términos:

“Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales”.

La LEPINA, por su parte consagra este principio en el artículo 11 con la denominación de Principio de Igualdad, No discriminación y equidad, en una formulación y desarrollo legislativo que, por su amplitud, es determinante para la interpretación judicial, cuanto para la

aplicación en otros ámbitos de decisión de los poderes públicos del Estado. Su análisis particular, aunque sirvan las líneas que siguen para ir comprendiendo el alcance, naturaleza y efectos del principio de igualdad contenido en la ley salvadoreña.

Es determinante indicar que el principio de igualdad deba comprenderse en un sentido amplio por su naturaleza jurídico-social, este principio debe estar orientado a la lectura e interpretación de todos los derechos consagrados en la CDN y en la LEPINA, por cuanto está destinado al desarrollo de políticas de justicia y equidad en el ámbito público y privado, que garanticen el respeto de los derechos humanos de los niños; en consecuencia no debe haber distinción para negar o conceder derechos, utilizándose como fundamento la condición social, el sexo, la religión o la edad, pero al mismo tiempo este principio de igualdad establece un elemento novedoso y relevante en materia de derechos humanos, con alcance próximo, que se proyecta más allá de la propia condición del niño, al prohibir no sólo la discriminación en razón de las condiciones inherentes a la propia persona (niño, niña y adolescente), de que se trate con respecto a sus semejantes o pares, sino que además abarca el amplio sentido de traspasar su propia condición de niño, para evitar (y prohibir) la discriminación en razón de alguna condición de sus padres o representantes legales, por ejemplo, el caso de niños cuyos padres sean de etnia diferente a los demás, o de nacionalidad extranjera respecto al país en donde nace el niño, en estos casos, la propia condición de sus padres no debe ser nunca elemento de juicio para la consideración discriminatoria del hijo. Además, mención especial debe hacerse a este principio en relación al imperio de la convención, como norma inherente al principio mismo, dirigida en dos vertientes, la primera al establecerse la obligación de los Estados Partes en respetar los derechos que se consagran a los niños en este instrumento jurídico internacional (que son sólo enunciativos); imperio acorde con el principio de la extraterritorialidad de las leyes que obliga a

respetar, en este caso, la Convención a todo niño sometido a la jurisdicción del Estado de que se trate, independiente del lugar en donde se encuentre el niño, y la segunda, como mecanismo de cumplimiento la obligación de su efectiva aplicación, y observancia de las medidas que ordena el particular segundo del artículo 2 antes citado, respecto a las actividades, opiniones, creencias de sus padres, tutores o familiares.

En definitiva se entiende que:

1. La igualdad es proviene de la filosofía Universal de los Derechos Humanos.
2. Tiene su alcance en asegurar los derechos humanos a cada niño, niña y adolescente, sin distinción alguna, esto es, que los niños, niñas y adolescentes no deben ser tratados de forma diferenciada, ni así contemplados en la legislación, por condiciones inherentes al propio niño, niña y adolescente, luego por condiciones de sexo, edad, nacimiento, religión, opinión política o de otra índole. Debe registrarse particularmente que la opinión política del niño está consagrada en este principio, entendiéndose así que todos los derechos de participación social y opinión en cualquier ámbito de la vida del niño y/o de la familia, o de la comunidad, constituyen su opinión política. En ese sentido, la participación abierta, libre, colectiva e individual en asuntos relevantes de su vida, como son por ejemplo el juego, la recreación, la alimentación, las decisiones de la escuela o de la familia, dan sentido al principio de no discriminación por opinión política.
3. La protección a la no discriminación se extiende a todos los niños, niñas y adolescentes sujetos a la jurisdicción del Estado parte, y no exclusivamente a sus nacionales, por lo que cualquier niño, niña y adolescente que se encuentre en el territorio de la República de El Salvador, no siendo de esta nacionalidad, debe ser

protegido por el país, esto es, por sus órganos inmediatos del Sistema Nacional de Protección, sin hacer distinciones por su condición de no ser nacional. Este principio, por ejemplo, cobra relevancia en los casos de niños o niñas y adolescentes asociados a conflictos armados, o víctimas de ellos. De allí que la no discriminación consagra una obligación bilateral de todos los Estados parte de la CDN para con los niños nacionales de otros países. El artículo 1 de la LEPINA consagra este aspecto de la extraterritorialidad del principio de igualdad al definir el objeto de la ley.

4. Una característica que particulariza al principio de igualdad en materia de niños, niñas y adolescentes frente a principios similares en otros instrumentos internacionales, consiste en que en la mayoría de las declaraciones, pactos o convenios internacionales la igualdad es entendida como protección de trato no diferenciado por las condiciones propias del sujeto protegido, frente al resto de las personas. En materia de niños, niñas y adolescentes el principio de igualdad trasciende las condiciones del sujeto protegido hasta terceras personas.

Así, no se discriminará al niño por las condiciones de origen, sexo, opinión política, enfermedad, entre otros. Tal expresión en el contenido del principio tiene su razón de ser, puesto que precisamente en la doctrina de la situación irregular, y en la cultura y la práctica social, por lo general se discrimina al niño, niña y adolescente tanto por su propia condición como por la que en un momento determinado detectan sus familiares o responsables, como sucedía con la declaratoria de abandono o de peligro en las leyes de menores con normas que autorizaban discriminar al niño, niña y adolescente

por razón del conflicto o de las actividades de los padres, o por ambiente no apropiado, entre otros.

Este aspecto tiene importancia en la consagración legal de la protección a los derechos de los niños, niñas y adolescentes toda vez que cualquier intento de legislar o de reformar la legislación vigente sobre niñez debe considerar en su articulado referido a políticas sociales, entre otros aspectos, la superación del modelo tradicional asistencialista, que concibe que sólo es obligación del Estado intervenir y actuar para el rescate o integración de la población excluida, víctima de violación a sus derechos, lo que eximiría a las autoridades de cumplir con su obligación de garantizar políticas sociales básicas, apoyar a las familias y asegurar el acceso de todos los niños, niñas y adolescentes a sus derechos humanos fundamentales.

Así, la equidad, integrada al principio de no discriminación se comporta como una verdadera corrección material de la injusticia social, pero no se puede pretender en un modelo legal, que se está consagrando la equidad, haciendo desaparecer a la justicia de igualdad, que obliga al Estado a proteger integralmente a todos los sectores sociales en materia de derechos humanos, puestos que estos no son sólo para un sector de la población. Cuando esto sucede, se dejan a un lado, se ocultan o no se hacen visibles otras grandes e importantes sustracciones o violaciones de derechos en otras capas sociales. Por otro lado, el apoyo a las familias en situación de pobreza para que éstas puedan cumplir adecuadamente su rol, no se obliga a programas o proyectos de atención, por cuanto no logran atender las causas estructurales de exclusión, sino el problema en sí mismo.

Por ello, deben ser suficientemente explícitas las normas legales acerca de las acciones y políticas sociales que logren integrar a la sociedad toda y no a un Despacho Ministerial o a un sector del Estado, en el apoyo a las familias para la superación estructural de las carencias

socioeconómicas y la desigualdad causante de la inobservancia de derechos fundamentales a sus hijos. Las familias no pueden tener un rol fundamental respecto a la crianza, alimentación y atención de sus hijos si carecen de las condiciones para hacerlo, frente a ello, no se trata de atender a niñas y niños aislándolos de sus familias al internarlos en instituciones (tutela), sino integrar a los hijos, atendiendo a las familias, para generar condiciones adecuadas a su fin.

5. De igual forma, este aspecto del principio de no discriminación tiene relevancia en la cotidianidad de la protección del niño, y en especial en la práctica de los órganos del Sistema Nacional de Protección para que no repitan la discriminación de la situación irregular, ahora en nombre de la protección integral. Práctica que en su mayoría consiste en la sustracción del niño de su desarrollo en la vida familiar por causas imputables a la violación de sus derechos, que a su vez consiste en una sustracción de las obligaciones familiares, como puede ocurrir en situaciones en que algún Comité local o Junta de Protección en un caso de pobreza (desempleo, carencias socioeconómicas generalizadas), dicta una medida de protección, reeditando a la situación irregular, en vez de asegurar las condiciones socioeconómicas de esa familia, incluyéndola en un programa que permita generar condiciones de superación e igualdad que garanticen la calidad de vida.

✓ **Principio del Interés Superior del Niño.**

Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las Autoridades Administrativas o los Órganos Legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

El principio del interés superior del niño, niña y adolescente, también conocido como el interés superior del menor, es un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niños, niñas y adolescentes; se trata de una garantía de que los niños, niñas y adolescentes 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 concluyen.

Así se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso del poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños, niñas y adolescentes, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

El interés superior del niño es un concepto triple; es un derecho, es un principio y es una norma de procedimiento.

Se trata del derecho del niño, niña y adolescente a que su interés superior sea una consideración que se prime al examinar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.

Es un principio porque, si una disposición jurídica que admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

Y es una norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte el interés de niños, niñas y adolescentes, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa toma de decisión en los intereses de los niños, niñas y adolescentes. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales, se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión.

El concepto del interés superior del niño aparece en diferentes tratados internacionales:

Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Párrafo 2.

Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 3, párrafo 1.

Como lo precisa el interés superior del niño constituye la esencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el artículo 3 de la CDN, párrafo 1, establece que una consideración primordial de los Estados en todas las medidas concernientes a los niños será su interés superior; la Convención y sus protocolos facultativos proporcionan el marco para evaluar y determinar el interés superior del niño, la obligación de que el interés superior del niño sea una consideración primordial es especialmente importante cuando los Estados tienen prioridades que se contraponen, como las consideraciones económicas a corto plazo y las decisiones de desarrollo a largo plazo, por lo tanto, los Estados deben estar en condiciones de demostrar cómo se ha respetado el principio del interés superior del niño en la adopción de decisiones y cómo se han valorado sus intereses frente a otras consideraciones.

Encontramos referencias así mismo en dos protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño:

Protocolo facultativo de la Convención relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Preámbulo y artículo 8.

Protocolo facultativo de la Convención relativo a un procedimiento de comunicaciones. Preámbulo y artículo 2 y 3.

En la interpretación, aplicación e integración de toda norma, en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas, es de obligatorio cumplimiento el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, en lo relativo a asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías.

Se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. Art. 12 LEPINA.

No se puede tomar una resolución en la que a un menor se le coloca en un hogar donde es tratado de manera vejatoria, violenta o denigrante. Es el interés del niño que está por encima de cualquier formalismo, procedimiento o autoridad.

Para ponderar el principio del interés superior en situaciones concretas, deben ser considerados de forma concurrente los elementos siguientes:

- La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos.
- La opinión del niño, niña o adolescente.
- Su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo.
- El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño o adolescente.
- El parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal, según sea el caso.

La decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible.

La consideración de este principio es obligatoria para toda autoridad judicial, administrativa o particular.

✓ **Principio de Efectividad.**

La primera parte del artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño expresa que:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.”

En primer lugar, la efectividad trae adecuada la adopción de medidas de carácter administrativo y legislativo y de cualquier índole, que conduzcan a la efectividad, entendida como el goce y disfrute real de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, respecto al derecho y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas.

En segundo lugar, los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes deben ser atendidos con prioridad absoluta, por lo que los Estados deben adoptar las medidas hasta el máximo de los recursos para apegarse a la protección integral y de ser necesario recurrir a la cooperación internacional. No es solamente que se les dé preferencia en la formulación de políticas públicas, sino también en los recursos, la atención, y el socorro en cualquier circunstancia, sancionando y castigando de manera preferente estas violaciones.

De acuerdo con Ferrajoli³⁵, los derechos humanos consagrados positivamente en la legislación, deben contener garantías o mecanismos que constituyen verdaderas prestaciones del sujeto obligado a respetarlos, cumplirlos y/o hacerlos cumplir, cuales prestaciones se presentan en forma de expectativas positivas o negativas ante el derecho que es reconocido, siendo las primeras prestaciones de hacer o de realizar una conducta determinada que dé cumplimiento efectivo a los derechos reconocidos, y las segundas prestaciones, las de no hacer o de abstención de determinados actos o conductas para respetar y cumplir tales derechos.

Ambas clases de prestaciones son indispensables para que podamos hablar de derechos humanos en sentido exacto, puesto que, como lo plantea “no hay derecho humano sin la

³⁵ Ferrajoli, Luigi (1990), “Derechos y Garantías: La Ley del más débil”. (p. 39 a 60).

contraprestación correspondiente”, o lo que es lo mismo “No hay derecho subjetivo reconocido sin el correspondiente deber” que no es deber del sujeto tenedor del derecho, sino de terceros. A ambas prestaciones (positivas y negativas), se les denomina garantías primarias. Obviamente, como se ha analizado, no se basta para su existencia, con la titularidad de derechos a los sujetos, ya que se hace necesario entonces que a cada derecho le correspondan las garantías primarias acordes con lo que se reconoce como condición subjetiva; así por ejemplo, de nada vale consagrar el derecho a la educación, si no se establecen medidas de efectividad (garantías primarias), que materialicen su cumplimiento, es decir, su goce efectivo, tales como medidas presupuestarias, dotaciones, formación de docentes para la calidad de la educación, entre otros; las obligaciones correlativas al derecho reconocido y no el simple reconocimiento son, en definitiva, las que permitirán su goce efectivo.

El segundo grupo de garantías, siguiendo a Ferrajoli, lo constituyen las garantías secundarias, que se erigen como mecanismo de restitución característico de la inviolabilidad de los derechos humanos, y comprenden tres grandes tipos de garantías:

La declaratoria de nulidad de los actos que violan, menoscaban o amenazan derechos humanos.

La obligación de restituir el derecho infringido, o de dar cumplimiento a un derecho humano determinado.

Las sanciones a los que resulten responsables de los actos violatorios de derechos humanos.

Un ejercicio del principio de efectividad y su desarrollo legislativo se puede hacer claramente en cualquiera de los derechos reconocidos en la LEPINA. Por ejemplo, con el derecho a la educación, en el artículo 81, se reconoce el derecho, mientras que en los artículos 82

al 89 se consagran las garantías primarias, y en particular aquellas de cumplimiento por parte del Estado en cuanto a gratuidad y acceso a la educación en el artículo 82. Resulta determinante para la efectividad el artículo 86; Establecidas así con este ejemplo el derecho (artículo 81) y las garantías primarias (Artículos 82 al 89); las garantías secundarias, es decir, aquellas que entran a funcionar cuando el derecho es vulnerado, amenazado o conculcado, se observan con diáfania en el artículo 120, letra “b” a través del mandato o medida de protección de matrícula o permanencia obligatoria en los centros educativos públicos o privados, en el caso de un derecho individualmente considerado, y a través de la acción de protección en el caso de derecho a la educación violado colectiva o difusamente, como queda claro de los artículos 155, letra “k”, en concordancia con el artículo 227 y siguientes.

La efectividad como principio trae aparejado consigo la adopción de medidas o providencias no solo de carácter administrativo y legislativas, sino todas aquellas que siendo de cualquier índole conduzcan al goce y disfrute real de los derechos humanos de los niños y niñas, al respeto de estos derechos y al desarrollo de garantías sociales, económicas, legales, institucionales y administrativas. Este principio de efectividad se repetirá a lo largo de todo el articulado de la Convención sobre Derechos del Niño en donde se establecen derechos a supervivencia, protección, participación y desarrollo, ya no como principio general, sino con formulación precisa, más bien específica, de las medidas a tomar para alcanzar determinado derecho humano, por ejemplo, en el artículo 24 en el que se reconoce el Derecho a la salud, se ordenan las medidas apropiadas para combatir enfermedades, malnutrición, atención y prevención, educación en salud, y otras, o en los artículos 28 y 29 sobre el derecho a la educación, que establece las medidas particulares para garantizarlo en igualdad de condiciones,

desde la enseñanza primaria obligatoria y gratuita, hasta las medidas para la eliminación del analfabetismo y garantizar el acceso escolar.

Como parte de la efectividad, la transformación político-institucional es intrínseca al proyecto de igualdad y justicia social de la CDN, porque compromete a un cambio en la conducta del Estado. Cuando la CDN obliga a la toma de decisiones políticas, administrativas, institucionales, sociales, económicas o de cualquier otra índole para que sean efectivos los derechos de los niños; está obligando a la transformación del Estado, de manera que estas decisiones no sean el débil producto del control restitutorio de los derechos (garantías secundarias), sino más bien de su efectividad cumplida (garantías primarias), en la estructura orgánica del Estado.

Este principio de efectividad orienta entonces el deber de prestación que asume el Estado al afirmar los derechos sociales, económicos y culturales, entendidos como garantías para la supervivencia y el desarrollo de los niños, por lo que resulta relevante y urgente entender y explicar la razón de ser de la efectividad (como transformaciones reales), en el plano político institucional, lo cual resulta un supuesto indispensable para la protección integral de los niños.

En síntesis, el principio de efectividad es la base que da expresión práctica al carácter imperativo y a los mecanismos de cumplimiento previamente enunciados en la Convención, pero además, y principalmente, constituye el programa genuino para el desarrollo de las políticas de derechos humanos hacia los niños; sobre las medidas de efectividad que obliga la Convención a los Estados Partes, se fundamenta el examen crítico, las recomendaciones generales, sugerencias técnicas y programáticas del Comité de Derechos del Niño, conforme a los artículos 43, 44 y 45 de la Convención sobre los Derechos del Niño; vale afirmar para este principio lo expresado en el anterior principio del Interés Superior del Niño, es decir, asimilarlo a principio garantista.

✓ **Principio de Prioridad Absoluta.**

Continúa expresando el artículo 4 de la CDN, que:

“En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

Que los derechos de niños, niñas y adolescentes sean atendidos con prioridad absoluta no es únicamente que se les dé preferencia en la formulación de las políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, preferencia absoluta en atención y socorro en cualquier circunstancia y en protección preferente frente a situaciones de violación o negación de derechos, y que también se castigue y sancionen preferentemente estas violaciones.

Esta disposición del artículo 4 de la Convención que consagra la Prioridad Absoluta es de particular interés para transformar la conducta institucional de los gobiernos respecto a la planificación social, puesto que invierte el orden jerárquico o de preeminencia de los asuntos de Estado y de gobierno, al colocar en primer lugar las medidas referidas al cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales de los niños, niñas y adolescentes, sin que valga como excusa motivaciones de carácter presupuestario, emergentes o circunstanciales que tradicionalmente se han utilizado para evadir responsabilidades en el cumplimiento de los derechos humanos.

El Principio de Prioridad Absoluta contempla que el Estado y la sociedad deben asegurar, con prioridad todos los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en donde el Estado por medio de sus políticas públicas establecerá la asignación de recursos, acceso a los servicios públicos, la prestación de auxilio y atenciones de vulnerabilidad y en cualquier otro tipo de atención que requieran.

✓ **Principio de Corresponsabilidad.**

Tal como hemos visto en los cuatro principios anteriores, siendo los niños, las niñas y los adolescentes el eje central de esos principios; el Estado, la Familia y la sociedad conforman la trilogía sobre la cual descansa la responsabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos humanos para esta población. El conjunto articulado de las acciones entre el Estado y la sociedad destacan como un principio de participación democrática para la garantía de los derechos universales que permiten construir la doctrina de la Protección Integral.

El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece este principio general de la siguiente manera:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Son cuatro las implicaciones y sujetos de la participación que contiene esta disposición: El niño, niña y adolescente, el Estado, la Familia y la Sociedad.

Debe entenderse como corresponsabilidad en relación a los niños, niñas y adolescentes el trabajo en conjunto que desarrollan la familia, la sociedad y el Estado, este como principio, ley o regla debe “lograr un propósito, y seguir un conjunto de directrices, la corresponsabilidad, es compartir la responsabilidad de una situación o actuación determinada entre varias personas e instituciones”,³⁶ es decir, las personas e instituciones corresponsables poseen los mismos deberes y derechos para responder por sus actuaciones con las situaciones que están a su cargo.

³⁶ Comisión Coordinadora del Sector Justicia (El Salvador, Octubre 2011), “Glosario de términos jurídicos de la LEPINA, Unidad Técnica Ejecutiva, Impresión Imagen Gráfica”, 5a. Ed., 9.

En la LEPINA, al definir el principio de corresponsabilidad, se puede comprender la importancia de las instituciones: familia, sociedad y Estado. En virtud de ello, el Art. 13 de dicha ley, regula el principio de corresponsabilidad;³⁷ el cual se entenderá como el compartir la responsabilidad de una situación o actuación determinada entre varias personas e instituciones, lo cual establece que los obligados a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes son la familia, el Estado y la sociedad.

Si bien, el papel de la familia es garantizar y proteger el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, depende en gran medida del bienestar y de los recursos de que dispongan en su cuidado; es decir, si los padres están sometidos a situaciones de vulnerabilidad social, difícilmente podrán estos procurar su bienestar, de ahí la corresponsabilidad, ya que para garantizar los derechos de los niños deben garantizarse los derechos humanos de los padres, a través del Estado.

Dando al Estado una obligación de carácter indeclinable e ineludible consistente en la formulación de políticas, planes, programas y acciones que generen las condiciones para que la familia desempeñe adecuadamente su rol, ya que ella es la base fundamental de la sociedad; tal cual lo estipula la Constitución de la República de El Salvador en su Art. 32; por lo tanto es el núcleo primario en el cual los niños, las niñas y adolescentes, se deben desarrollar armónicamente, además del espacio en el cual en primer momento deben ejercer y contar de manera plena con los derechos de los cuales son titulares.

La familia debe velar por que los niños, niñas y adolescentes, tenga las condiciones necesarias para lograr su desarrollo integral, lo que implica no sólo proporcionar medios materiales, sino también afectivos y psicológicos, de constante garantía y respeto pleno de los

³⁷ LEPINA, D.L. No. 839 del 26 de marzo de 2009; D.O. No. 68, Tomo No. 383, del 16 de abril de 2009, Art. 13.

derechos de estos sin excepción, es decir, que es deber de la familia, la sociedad y el Estado en función tripartita brindarles esa protección y un buen desarrollo físico, psicológico y emocional, y de esa manera crecer en un ambiente familiar saludable.

De igual manera, la sociedad en su conjunto, dirigentes comunitarios y sociales, organizaciones no gubernamentales, cualquiera que sea la forma de organización o de participación individual que se asuma, debe exigir la plena vigencia y respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia, cuidar, proteger y asegurar al niño en su bienestar físico y mental.

La sociedad como espacio de convivencia entre personas es el entorno en el que los niños, niñas y adolescentes, deben alcanzar un desarrollo que les asegure más allá de la familia las condiciones necesarias de vida, así como el ejercicio, respeto y garantía de sus derechos, son un referente permanente, pues no sólo debe crear esas condiciones, sino que además, en caso necesario debe subsanar y apoyar lo que la familia esté imposibilitada a garantizar por medios propios.

Es por ello que, “El Estado, como estructura jurídica asegura el respeto y garantía de los derechos humanos, debe velar porque la familia y la sociedad satisfagan los derechos de los niños, niñas y adolescentes, además de ser el coadyuvante y subsidiario principal de las obligaciones que no puedan ser cumplidas por la familia y la sociedad, así como el garante permanente de que dicha familia y sociedad no violen, afecten, ni vulneren los derechos de los que todas las niñas y niños son titulares”,³⁸ es decir se deben adoptar medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos de las niñas, niños y adolescentes, y de esa manera asegurar la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar,

³⁸ Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva, OC17/02, (28 de agosto de 2002. Serie A, No. 17).

teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de ellas ante la ley.

El Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, en la Sentencia emitida por el Tribunal Quinto de Sentencia de San Salvador, el juzgador, reconoce esa obligación tripartita de protección e identifica que hay situaciones en que la familia no contribuye al cumplimiento de esa corresponsabilidad y es ahí donde el Estado interviene “posiblemente, se está incumpliendo el principio de corresponsabilidad, este es uno de los principios rectores en que se basa la doctrina de protección integral de niñez y adolescencia y que consiste en la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes le corresponde a la familia, la sociedad y el Estado”³⁹; es decir que la familia moderna no cumple con su rol.

En la convivencia de los padres con sus hijos, de alguna manera pueden vulnerar sus derechos y contribuir a que su desarrollo no sea completo, pueden ocasionar daños físicos, verbales e incluso psicológicos como es el caso de la Ref. 54-1-2016, donde la propia madre de la niña, le obliga a mentir diciendo que le han causado agresiones sexuales, durante el proceso, se comprueba que no fue así, ya que al desarrollarle el estudio físico como el psicológico se descubre que todo fue una mentira de la madre, el juez emite en dicha sentencia que se observe el cuidado de la niña.

De esta manera es que el trabajo en conjunto entre instituciones es importante para velar por el fiel cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y que la modernidad no sea una excusa para que desempeñen el rol primordial, en la sentencia emitida por la Cámara

³⁹ Tribunal 5to. de Sentencia de San Salvador, Sentencia Absolutoria, Agresión Sexual en menor e incapaz agravada continuada, Ref. 54-1-2016, (San Salvador, 10 junio 2017).

de Familia de San Salvador establece que: “Le corresponde al padre y a la madre criar a sus hijos con esmero, proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados y proveerles de todo lo necesario para el desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan su mayoría de edad y el Estado debe poner el máximo empeño en garantizarlos”, es de esta manera que el fin máximo para esta corresponsabilidad entre estas instituciones es el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, entendido como un principio que en el marco de un sistema jurídico se basa en el reconocimiento de derechos de los niños.

2.2.3 Ejercicio de la Capacidad Progresiva de las Facultades.

Entendida como la facultad de la persona o la entidad que puede obrar según su criterio, con independencia de la opinión o el deseo de otros y como la cualidad política de autogobernarse, requiere de la libertad e independencia suficiente para tomar una postura o formarse una opinión por lo menos sobre los asuntos que tienen que ver consigo mismo. De este modo, para los sujetos es posible lograr esta capacidad, siempre y cuando sean reconocidos como sujetos capaces de ejercerla, de ahí que, entenderla como una capacidad que necesariamente se construye a partir de los otros, hace que el concepto de capacidad relacional, adquiera mucho sentido.

La capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes se refiere a la capacidad y facultad de éstos para ejercer con grados crecientes de independencia sus derechos frente a las facultades de los padres o adultos responsables de su dirección y orientación; según la edad, la capacidad importa la participación en carácter personal de los niños y los adolescentes en la realización de sus derechos, atendiendo al grado de desarrollo madurativo y discernimiento alcanzado. Se vincula con el interés superior de los niños pues, al final de cuentas, se trata de que logren un pleno desarrollo.

La capacidad progresiva supone que, en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad, toma control sobre diversos ámbitos de acción. Lo anterior implica reconocer a los niños la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, como la posibilidad de que en un momento determinado decidan no hacerlo. Pero se trata de una progresividad en el ejercicio de los derechos, una gradualidad, que tiene que ver con el proceso de traslación de la niñez a la mayoría de edad.

Se habla de capacidad progresiva, justamente para significar que la capacidad del niño para ejercer sus derechos va creciendo en la medida que él se desarrolla y va adquiriendo paulatinamente mayores niveles de independencia y libertad. Tal capacidad opera como límite a la autoridad, así por ejemplo, frente a las facultades de los padres, reforzando la idea de que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos.

- **La Adulthood tiene Estatus Normativo.**

La imagen evolutiva de la infancia deriva de un marco teórico en el cual la adultez tiene estatus normativo; los niños se encuentran en un estado de inmadurez que se caracteriza por ser irracional, incompetente, asocial y acultural, pasivo y dependiente. Se parte de la premisa de que los niños carecen de estatus moral, adquiriéndolo plenamente, a través del proceso de socialización, sólo cuando llegan a la edad adulta. Es significativo que, en buena parte, las teorías más influyentes de la psicología evolutiva hayan abrazado también la concepción según la cual el desarrollo cesa al alcanzarse la adultez.

La preponderancia de estas teorías en la construcción de un modelo de niñez incompetente, ha proporcionado una justificación “científica” para la exportación de un marco universal de protección del niño que se opone a su participación en el mundo adulto; en medida considerable, esta concepción de los niños como seres “en fase de adiestramiento” ha ocultado

hasta qué punto son efectivamente capaces, tienen facultad de autogestión y asumen de hecho responsabilidades respecto a su propia vida. Se basa en una acusación virtual de presunta incompetencia contra los niños, ante la cual incumbe a los niños mismos la tarea de probar su “inocencia”, demostrando sus capacidades o atravesando un límite de edad, a fin de que se les concedan los derechos que les corresponden en cuanto a la toma de decisiones. Por lo tanto, los adultos son vistos como traductores, entendedores e intérpretes del comportamiento de los niños.⁴⁰

En este proceso tiende a prevalecer la suposición general de que, en cualquier situación, los adultos tienen razón y los niños se equivocan, el modelo “deficitario” de la infancia vuelve invisibles muchas pruebas concretas de la facultad de autogestión de los niños. El niño no es tomado en serio porque se cree que no sabe realmente lo que quiere o necesita, y se lo percibe como un objeto o un bien poseído cuyas opiniones, al fin y al cabo, no tienen mayor importancia.

Un ejemplo del efecto, potencialmente devastador, de esta incapacidad de respetar la validez de las experiencias de los niños, es la serie de pesquisas por abuso de niños que se llevaron a cabo en internados del Reino Unido. Se reveló que existía una cultura institucional en la cual las informaciones suministradas por los niños sobre los abusos sufridos eran sistemáticamente puestas en duda en favor de la desmentida de los adultos. Sin temor de ser desenmascarados, los culpables pudieron continuar con sus abusos y durante un período de 30 años imperó en ese sector un clima de total impunidad.

- **El Derecho del Niño a Ejercer sus Derechos.**

El concepto de facultades en evolución, presente en la Convención sobre los Derechos de Niño, reconoce que la infancia no es una experiencia única, fija y universal y que, aunque todos

⁴⁰ Gerson Lansdown (UNICEF, Siena, 2005), “La evolución de las Facultades del Niño”, (p. 26).

los derechos establecidos en la Convención valen para todos los niños, las capacidades y el contexto de cada niño deben influenciar tanto el modo de aplicación de tales derechos como el grado de capacidad que se concederá al niño en el ejercicio de los mismos.

El principio de respetar al niño como participante activo y como sujeto de derecho, y de no considerarlo simplemente como un receptor pasivo de la protección de los adultos, es un tema reiterado frecuentemente en todo el texto de la Convención. Aparte del artículo 5,⁴¹ hay otra referencia explícita a la evolución de las facultades del niño en el artículo 14⁴², en relación con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. También es de importancia clave el artículo 12, que llama la atención sobre el derecho del niño a expresar su opinión libremente y a que se la tenga debidamente en cuenta “en función de la edad y madurez del niño”.

Los artículos 13, 15 y 16, que se refieren respectivamente al derecho a la libertad de expresión, a la libertad de asociación y a la vida privada, destacan el derecho de los niños a que se respeten “su dignidad e individualidad fundamentales, con derecho a ser diferentes y discordar en su apreciación de la realidad”. Como ya se ha observado anteriormente, ninguno de estos artículos identifica una edad precisa a alcanzar la cual se transfiere al niño la prerrogativa de ejercer tales derechos. Más bien, exigen que se reconozcan y respeten las facultades individuales de cada niño en relación con cada uno de sus derechos.

La formulación del artículo 5 crea el espacio potencial para tal reconocimiento. Firmemente desafía la noción de que la competencia necesaria para ejercer derechos (diversamente de la necesidad de que los adultos protejan dichos derechos) se adquiere solamente a la edad de 18 años. Existe una consiguiente obligación, que incumbe a los padres y,

⁴¹ *Ibíd.*

⁴² *Ibíd.*

en la medida correspondiente, al Estado, de permitir que los niños asuman gradualmente la responsabilidad de las decisiones que desean tomar cuando, por su competencia, están en condiciones de hacerlo.

Para cumplir con el espíritu del artículo 5 y, de hecho, con la filosofía de respeto por los niños como actores sociales que encarna la Convención sobre los Derechos del Niño, son necesarios un análisis y reconocimiento más riguroso (como asimismo un mayor respeto) de las capacidades del niño. Las capacidades, facultades o competencias abarcan una vasta gama de cualidades (morales, sociales, cognitivas, físicas y emocionales) que no se desarrollan todas juntas según pautas uniformes. Los niños, como los adultos, no adquieren un nivel de capacidades constante y generalizado en los distintos ámbitos.

Más bien, las expresiones de su competencia varían según la naturaleza de las tareas que deban realizar, de sus experiencias personales, de las expectativas que se depositan en ellos, del contexto social y de las habilidades individuales, que cambian día a día. Sin embargo, respecto a la capacidad de los niños de diferentes edades de dedicarse a un razonamiento moral, a una toma de decisiones racional y a un ejercicio consciente de la responsabilidad, como inclusive respecto a la importancia que reviste la edad misma para la adquisición de dicha capacidad, hay todavía hoy en día un encendido debate.

Por un lado, existen tentativas de proponer un modelo de desarrollo infantil de tipo científico y universal. Por otro, las reflexiones actuales de numerosos expertos en psicología evolutiva indican que todas las áreas de la competencia evolucionan en función de una variedad de factores influenciados por la cultura y el contexto.

- **Una Noción Evolutiva: El Cumplimiento de los Derechos del Niño hasta el Máximo Desarrollo de sus Facultades.**

La noción de evolución de las facultades del niño está implícita en el tema general del desarrollo del niño, que impregna el texto entero de la Convención sobre los Derechos del Niño. Aunque es evidente que las personas se desarrollan todo a lo largo de la vida (porque el aprendizaje y el crecimiento no cesan a la edad de 18 años), la infancia constituye un período excepcional por las oportunidades y la vulnerabilidad que la caracterizan y, por tal motivo, se le brinda una protección especial. El propósito del desarrollo es promover y aumentar no sólo el bienestar, sino también las capacidades del niño, y los Estados tienen la obligación evidente de tomar medidas apropiadas para que se alcancen tales objetivos respecto a todos los niños.

En efecto, la Convención se puede considerar un instrumento destinado a fomentar el desarrollo, la competencia y la gradual autonomía personal del niño. El artículo 6 constituye la plataforma para otros principios relacionados con el desarrollo que orientan todo el texto de la Convención⁴³. Al imponer esta obligación, extiende el mandato al desarrollo de las facultades cognitivas, sociales, afectivas, físicas y morales del niño.

El artículo 27 confirma esta amplitud, reconociendo explícitamente la importancia de un nivel de vida adecuado para el “desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” del niño.⁴⁴ También los artículos 28 y 29 indican expresamente el papel de la educación en el desarrollo de “la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”. El derecho al juego, enunciado en el artículo 31, reconoce la importancia del mismo para el desarrollo del niño. La Convención extiende, además, el concepto de desarrollo a las obligaciones del Estado respecto a los niños con discapacidades: el artículo 23 destaca el

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ El art. 27 de la Convención sobre los derechos del niño establece: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.”

derecho de los mismos a tener oportunidades que les permitan lograr “la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible”.

Es un hecho generalmente reconocido que una alimentación apropiada, la estimulación intelectual, las oportunidades para el esparcimiento, un ambiente saludable, un adecuado descanso, la interacción social, un cuidado afectuoso y la seguridad son requisitos indispensables para el sano desarrollo del niño y la realización de sus capacidades potenciales; al contrario, privarlo de ellos significa impedir su crecimiento y desarrollo. Reconocer que los contextos sociales, culturales e históricos influyen y condicionan el desarrollo del niño no equivale a afirmar que no existen criterios para el desarrollo infantil que vayan más allá de los distintos sistemas de valores culturales. Sin embargo, superado un nivel mínimo de idoneidad aceptable, resulta difícil establecer prescriptivamente cómo deban afrontarse estos aspectos del bienestar infantil en sociedades culturalmente diferentes. La manera de percibir las necesidades del niño y el objetivo final de la satisfacción de las mismas variarán en las diversas culturas, aunque la existencia de tales necesidades y el derecho de los niños a que sean satisfechas son universales.

2.2.4 La Capacidad Progresiva como Premisa para la Capacidad de Obrar.

La capacidad de hecho, también llamada capacidad de obrar o de ejercicio, es la aptitud o idoneidad para la realización eficaz de actos jurídicos, o sea, la posibilidad que tiene una persona de ejercitar por sí misma, sin la intervención de terceros, los derechos que posee y le han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico.

Esta manifestación de la capacidad no se da por igual en todos los individuos, algunos la poseen plenamente, otros de forma restringida y otros carecen totalmente de ella. La capacidad de obrar se presume plena como principio general, gozan de ella todas las personas de mayor

edad y, en nuestro medio, las que han contraído matrimonio siendo menores de edad, con la debida autorización.

Las limitaciones, por tanto, han de establecerse expresamente por la ley o por sentencia y en casos dudosos deben interpretarse restrictivamente. Las únicas causas limitativas de la capacidad de obrar que hoy reconoce el Derecho son la edad y la falta de aptitud de la persona, por enfermedad física o mental, para gobernarse a sí misma, circunstancias intrínsecas al individuo que pueden dar lugar a la capacidad restringida o a la total incapacidad

No obstante, una persona con plena capacidad de obrar puede también, en determinadas circunstancias, no reunir la totalidad de requisitos necesarios para la realización de un acto, bien porque tenga afectada su capacidad natural de modo temporal, cuál sería el caso de sujetos que se encuentren bajo los efectos de un anestésico, del alcohol, de drogas o sustancias psicotrópicas, situaciones que no les permitirían estar aptos para discernir con claridad lo que quieren hacer y sus consecuencias, o bien porque realmente no poseen capacidad natural de querer y entender pero por no haber sido declarada judicialmente su incapacidad, persiste en ellos la presunción *iuris tantum*⁴⁵ de capacidad plena.

La protección de los intereses y derechos de quien no goza de plena capacidad, se logra mediante el establecimiento de apropiadas normas que regulen la representación legal del incapaz, de manera que esas personas puedan actuar a través de sus representantes, velando siempre el ordenamiento jurídico por su adecuada realización.

Desde épocas remotas han existido también ciertos actos jurídicos que por su trascendencia para el sujeto, la familia o el patrimonio, el ordenamiento jurídico ha querido tutelar de manera especial, estableciendo requisitos adicionales a los exigidos para la realización

⁴⁵ Una presunción *iuris tantum* es aquella que se establece por ley y que admite prueba en contra, es decir, permite probar la inexistencia de un hecho o derecho.

de cualquier otro, o edades distintas para que se lleven a efecto, dando con ello lugar a las llamadas capacidades especiales que comúnmente se requieren, por ejemplo, para adoptar, contraer matrimonio o testar.

Por último, es oportuno dejar sentadas las diferencias entre incapacidad de obrar y prohibiciones legales para la realización de actos jurídicos.

La incapacidad de obrar está relacionada con la situación personal del individuo, está en función de su estado civil, es general y, como regla, no se establecen legalmente los actos para los cuales el incapacitado está limitado. Por el contrario, las prohibiciones legales afectan actos jurídicos concretos por determinadas circunstancias ajenas al individuo mismo, presuponiendo capacidad para realizarlos, han de establecerse expresamente y son de interpretación restrictiva.

La capacidad de obrar presupone la capacidad jurídica; es decir para que haya la capacidad de obrar antes debe tener capacidad jurídica.

- **Causas que Modifican la Capacidad de Obrar.**

LA EDAD: la inmadurez de mente corresponde a una incapacidad de obrar. Por lo tanto se fija por regla general que los 18 años es la edad mínima para casarse, para hacer el testamento, y en fin para determinados actos jurídicos.

LA SALUD: la discapacidad mental influye en la determinación de la capacidad de las personas, algunas enfermedades mentales afectan determinados actos jurídicos constituyendo un impedimento para el acto, otras actúan en la capacidad general del sujeto.

- **Los Conceptos Jurídicos de Persona, Personalidad y Capacidad.**

El Derecho, orden normativo, lo es de las personas y para las personas⁴⁶. En el contexto del Derecho de Familia del siglo XXI, este axioma adquiere plena vigencia, si tenemos en

⁴⁶ Fernández Bulté, J. (2008). “La voz persona tiene origen etimológico latino y raíz cultural griega. Proviene del vocablo per sonare, sonar a través, nombre que se le daba a las mascarilla que usaban los actores del

cuenta, estamos hablando de un Derecho Familiar de contenido más democrático y ámbito de actuación en función de la persona como integrante de relaciones jurídicas familiares. La doctrina coincide en reconocer a la persona aptitud para intervenir en relaciones jurídicas a través de dos categorías esenciales del Derecho Civil: personalidad y capacidad.

La primera se considera atributo inherente a la persona natural, adquirida por regla general por el hecho de nacer, conforme a la normativa que marca el inicio de la personalidad en cada ordenamiento jurídico, de un modo general, puede señalarse la subsistencia de personalidad durante toda la vida de su titular y la tipifica además como presupuesto ineludible de participación en relaciones jurídicas. Situación diferente acontece con respecto a la capacidad⁴⁷, si tenemos en cuenta su doble manifestación en capacidad de derecho, de goce o de adquisición y la capacidad de obrar, de hecho, de ejercicio o de acción.

No a todas las personas el Ordenamiento Jurídico puede reconocer el ejercicio de su capacidad en la misma medida, pues no siempre se reúnen los requisitos que este exige para intervenir en relaciones jurídicas. En el caso del niño, en su condición de persona, ostenta personalidad y capacidad para la adquisición y goce de derechos. No obstante, el Ordenamiento Jurídico limita su capacidad de obrar en razón de la edad; afianzándose una mirada transformadora de la situación jurídica del menor en la contemporaneidad.

- **El Principio de Capacidad Progresiva o Desarrollo Evolutivo.**

Todo niño y niña, a medida que van creciendo, desarrollan facultades cognitivas, físicas, sociales, emocionales y morales, que condiciona la comunicación y la toma de decisiones

teatro griego y romano, tanto para ampliar la voz como para caracterizar a los distintos personajes que representaban. Posteriormente el término se hizo común para designar al hombre, mediante un simpático juego poético que podría interpretarse así: la persona es la representación del hombre en el gran teatro de la vida. Cfr”.

⁴⁷ Con respecto a la definición de la capacidad existen dos grandes grupos doctrinales. Para el primero hay dos capacidades perfectamente diferenciadas, la jurídica o la de derecho, que permite adquirir derechos y la de hecho o de obrar, que permite ejercitar aquellos por sí mismo; para otros, la capacidad es una sola, y como tal, posibilita disfrutar y ejercitar los derechos.

autónomas. En tanto, una diferencia clave entre la adultez y la niñez, consiste en las suposiciones relacionadas a la adquisición de facultades, desde un punto de vista supuesto por la sociedad como lo es la edad.

Este punto de vista legal, supone que todos los adultos han desarrollado los ámbitos de su personalidad para asumir sus decisiones, independientemente de la real posesión de competencias, sin considerar que existen adultos que carecen de la competencia indispensable para asumir la responsabilidad⁴⁸.

A partir de las nociones de capacidad progresiva las niñas, niños y adolescentes, van adquiriendo capacidad para el ejercicio personal de sus derechos. Ahora bien, es cierto que el concepto de capacidad progresiva presenta cierta ambigüedad y vaguedad en su interpretación. Pero también es cierto que éstas pueden dar lugar a la discrecionalidad judicial⁴⁹, vulnerándose de este modo la debida participación de los niños en los procesos que los afectan.

- **El Menor de Edad: Su Consideración Jurídica Actual.**

Tradicionalmente, se han manifestado en doctrina, puntos de vista encontrados para definir la situación jurídica del menor de edad: La consideración del menor como incapaz de modo general, salvo ciertas excepciones previstas en las leyes. La consideración del menor con capacidad de obrar, aunque su capacidad sea limitada o restringida.

La primera postura encuentra respaldo teórico en la posición de Espín Cánovas y otros autores españoles; quienes sostienen la teoría de la incapacidad absoluta del menor de edad; cuyo fundamento⁵⁰ puede obedecer al tratamiento otorgado al menor en décadas pasadas. En la

⁴⁸ Gerson Lansdown (UNICEF, Siena, 2005), La evolución de las Facultades del Niño, (p. 13).

⁴⁹ La discrecionalidad es aquel margen de libertad en la toma de decisiones de la autoridad judicial; entendida como la facultad que el ordenamiento jurídico otorga a la autoridad judicial para que decida según los estándares que considere justificadamente ante la indeterminación o el carácter abierto de la norma jurídica a ser aplicada.

⁵⁰ Con anterioridad a la promulgación de la CDN, el menor de edad fue considerado como un sujeto desprovisto de aptitud para decidir en sus asuntos personales, y salvo algunos actos de tipo patrimonial a los que se

actualidad, se destaca la segunda de las posturas; iniciada por el profesor De Castro, pionero en considerar la teoría de la capacidad de obrar del menor; lógicamente más restringida que la del menor emancipado o el mayor. En efecto, cabría advertir la condición del menor de edad desde la capacidad de obrar limitada, en virtud de disposiciones dictadas para su protección.

Doctrinalmente, defienden esta postura, entre otros; O'Callaghan quien supone "es incuestionable que el menor puede realizar válidamente una serie de negocios jurídicos, que en ocasiones se establecen expresamente por ley; o esta le atribuye, en otras una capacidad genérica. Ante ello, o bien se le considera que carece de capacidad, pero excepcionalmente se le concede para la realización de ciertos actos, o bien se le reconoce un limitado campo de actuación".

Sobre este dilema doctrinal, irrumpen diversas construcciones teóricas intentando dilucidar el otorgamiento de capacidad al menor para actuar por sí mismo en determinados negocios. Loablemente, Albalalejo condensa "una esfera de capacidad al menor (bien porque de ella esté derogada la regla general de incapacidad o bien porque sea la esfera en que la regla general de su capacidad no sufre restricción, por lo que en los casos de falta de precepto expreso en la ley, el negar o conceder al menor capacidad para realizar determinados actos es cosa que se ha de realizar no mecánicamente, sino viendo, si a tenor de los principios en que se inspiran los casos regulados, el no regulado cae dentro o fuera del sector de capacidad reconocido (bien como normal o excepcional) al menor."

Desde lo anterior, puede considerarse al menor con capacidad de obrar progresiva, que conforme a su edad y grado de madurez adquiere gradualmente. Coincido con Linacero cuando supone "el suficiente juicio o discernimiento a los 16 años; esta edad podría funcionar como dato

concedía eficacia , quizá mejor: que no eran declarados ineficaces, en todo lo demás quedaba sometido a las decisiones de sus representantes legales.

objetivo para permitir al niño una cierta actividad patrimonial” en plena armonía con el sistema de gradaciones de la capacidad de obrar del menor de acuerdo a su edad.⁵¹

En Cuba, el legislador de 1987 reconoce a menores de edad entre 10 y 18 años posibilidades de actuación⁵². No obstante, el precepto ofrece una fórmula genérica que no define los actos jurídicos que podrá ejercer por ser el menor de diez años de edad; suscitándose diversas interpretaciones en la práctica jurídica cubana.

En Colombia, el artículo 50 de la Ley 1306 de 2009 modificó el artículo 34 del Código Civil, para equiparar el impúber al niño que no ha cumplido los 12 años, el púber al adolescente, categoría que comprende a los menores entre 12 y 18 años. Es dable apuntar, la ley colombiana aunque establece una presunción legal en el sentido de que todo menor de edad es incapaz; esta presunción admite prueba en contrario, y pueden encontrarse menores habilitados para realizar ciertos actos y negocios jurídicos; son ejemplos, la capacidad para otorgar testamento y la facultad para administrar el peculio profesional, reconocida a los menores de 18 y mayores de 12 años.

Según la Legislación Salvadoreña, la capacidad de ejercicio se centra en la problemática que se desprende del Código Civil en el artículo 1316 que dice de la siguiente manera “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º Que sea legalmente capaz; La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.” De lo anterior se desprende en primer lugar, el concepto básico de lo que se conoce como capacidad de ejercicio, debido a que revela la

⁵¹ Fernández Bulté, J. (2004). El autor establece las distintas etapas hasta la mayoría de edad, reconocidas en el Derecho Romano: infancia, impubertad y pubertad, con su propia repercusión en la capacidad de obrar.

⁵² El artículo 30 inciso a. del Código Civil Cubano establece: “tienen restringida su capacidad para realizar actos jurídicos, salvo para satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria: a. los menores de edad que han cumplidos diez años de nacidos.

idoneidad del sujeto o persona para la realización de ciertos actos, la cual se da en relación de un desarrollo psíquico general, en este caso, cuando una persona carece de dicha aptitud de poder realizar actos o contratos regidos por el Código de Civil y demás leyes que se rigen por las mismas reglas, es que se estudia dicho fenómeno, ya que quedarían excluidos de poder realizar actos o contratos todas aquellas personas que ya sea por edad o por adolecer de una enfermedad mental que le limite la capacidad.

En consecuencia, es la ley la encargada de catalogar a aquellas personas que no tienen dicha aptitud, en el artículo 1317 del Código Civil ya se deja establecido quienes son aquellas personas que quedan excluidas de dicha aptitud el cual dice: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”, completándose con el artículo 1318, en donde taxativamente expone a las personas que quedan excluidas de la regla general de la capacidad entre las cuales enuncia lo siguiente “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos que no puedan darse a entender de manera indudable.”

A diferencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que contemplando distinciones en cuanto a la edad, previendo que esta capacidad jurídica procesal presupone de alguna manera la capacidad de ejercicio establecida en el artículo 1318 del Código Civil, exactamente en el inciso 3 que establece: “Son incapaces los menores adultos y las personas jurídicas pero la incapacidad de los primero no es absoluta, pues sus actos pueden tener validez en los casos determinados por la ley”.

Es a partir del año 1990, que el Estado Salvadoreño se comprometió a generar ese proceso de cambio al ratificar la CDN. Comprometido a revisar y adecuar todas sus normas internas, e implementar un enfoque de derechos humanos en el marco de la Doctrina de Protección Integral de la niñez y adolescencia, debiendo nuestro país adoptar todas las medidas

administrativas, legislativas, sociales, educacionales, económicas y de cualquier otra índole para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en ella, así como también transformar la CDN, en políticas públicas para todas las niñas, niños y adolescentes sin discriminación alguna. Es así que por Decreto Legislativo el 26 de marzo de 2009 fue aprobada la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, “LEPINA”⁵³, como una ley especial en materia de derechos humanos de NNA, cuya finalidad, según su artículo 1, es “garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña, niño y adolescente en El Salvador”.

La adopción de un régimen de capacidad limitada que posibilite al niño ejercer por sí mismo actos patrimoniales a partir de una edad preestablecida en norma, resulta estimable; sin embargo ¿Cómo armonizar las nociones, menor de edad y capacidad cuando de lo que se trata es del ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad? Dada su esencia, los derechos personalísimos no admiten sustitución en la voluntad de su titular. En esta perspectiva, se considera loable apreciar la madurez en el ejercicio de los derechos personalísimos, criterio admitido por algunos ordenamientos jurídicos modernos.

Estableciendo así en el art. 10 LEPINA; regular el principio de ejercicio progresivo de las facultades y señala que los derechos y garantías reconocidos a aquellos serán ejercidos por estos de manera progresiva tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de sus padres o de quien ejerza la representación legal, y de las disposiciones establecidas en la misma ley. Además, se reconoce el principio de igualdad, no

⁵³ La LEPINA fue aprobada por Decreto Legislativo No. 839 el 26 de marzo de 2009, publicada en el Diario Oficial N° 68, Tomo 383, del 16 de abril de 2009; entró en vigencia parcial el 16 de abril de 2010 (Libro I sobre Derechos y Deberes de Niñas, Niños y Adolescentes), los Libros II sobre el Sistema Nacional de Protección y III sobre Administración de Justicia entraron en vigencia el 01 de enero de 2011.

discriminación y equidad, afirmando que todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y que no puede justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en criterios discriminatorios o condiciones de ellos, de sus padres o de sus representantes que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales.

El criterio de la madurez nos remite a las nociones de “evolución de las facultades” y “autonomía progresiva”; conceptos incorporados por la Convención sobre los Derechos del Niño y exponentes de una relación causa-efecto. En la medida en que evolucione la capacidad cognitiva del niño para comprender el alcance de sus actos, mayor autonomía habrá de reconocerse en el ejercicio de sus derechos.

Lo cual, vislumbra el desarrollo evolutivo del niño en relación directamente proporcional a la capacidad progresiva. Dicho de otro modo, valorar el criterio de madurez, desde la noción de evolución de las facultades del niño, genera ineludiblemente estimar la capacidad progresiva del Niño, Niña y Adolescente. De esta manera, el concepto de capacidad progresiva del Niño, Niña y Adolescente viene a transmutar el axioma de la “incapacidad absoluta de ejercicio” del menor, signada por su carácter transitorio y relativo, sólo por un tiempo, sólo para algunas actuaciones, “de cuyo contenido quedan excluidos los derechos personalísimos, pues justamente en el ámbito de tales, el principio de capacidad o autonomía progresiva del Niño, Niña y Adolescente tendría en la actualidad una mayor aceptación”.

- **Capacidad Progresiva de los Niños, Niñas y Adolescentes.**

El criterio de la madurez nos remite a las nociones de “evolución de las facultades” y “autonomía progresiva o capacidad progresiva”; conceptos incorporados por la CDN y exponentes de una relación causa-efecto. En la medida en que evolucione la capacidad cognitiva

del niño para comprender el alcance de sus actos, mayor autonomía habrá de reconocerse en el ejercicio de sus derechos. Lo cual, vislumbra el desarrollo evolutivo del niño en relación directamente proporcional a la autonomía progresiva. Dicho de otro modo, valorar el criterio de madurez, desde la noción de evolución de las facultades del niño, genera ineludiblemente estimar la capacidad progresiva del NNA. De esta manera, el concepto de autonomía progresiva del NNA viene a transmutar el axioma de su “incapacidad absoluta de ejercicio” asignada por su carácter transitorio y relativo; La autonomía progresiva supone que en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad toma control sobre ámbitos competenciales de representación o sustitución delegados a sus padres o al Estado bajo un concepto paternalista, operando como límite a la autoridad sin importar quien pretenda ejercerla.

El camino que toma la Convención considerando al niño como sujeto de derecho, significa en palabras del profesor Alessandro Baratta que «el niño es respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades, percepción de su situación y de la situación alrededor de él, como portador de un pensamiento, una conciencia y una religión, como sujeto del cual dependen libremente la comunicación y la asociación con otros sujetos» Formando parte de este elenco protagónico de reconocimiento del principio de autonomía progresiva debemos mencionar los derechos relativos a la libertad de expresión que refiere el Artículo 13 la libertad de pensamiento, de conciencia y religión del 14; el derecho de libre asociación del Artículo 15 y el respeto a la intimidad que enuncia el Artículo 16. También el Artículo 18 en su numeral 1 enfatiza: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la

responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el Interés superior del niño.”

La capacidad progresiva de las niñas, niños y adolescentes⁵⁴ está encaminada al reconocimiento de autonomía y participación del mismo encontrando su punto de partida en el concepto de evolución de las facultades, contenido en el artículo 5 de la CDN⁵⁵, y en estrecha vinculación con los artículos 3, 12 y 14; que advierte el establecimiento de nuevos conceptos que esta rama del derecho ineludiblemente ha de regular. Desde la mirada de autorrealización personal del infante y adolescente.

- **Autonomía Progresiva y Titularidad de Derechos Económicos, Sociales y Políticos.**

Cuando la política económica no está orientada a garantizar en forma efectiva el ejercicio por parte de todas las personas, de los derechos económicos y sociales, se está afectando el principio de autonomía. Cuando no se diseñan políticas educativas que promuevan a las personas para que entiendan su mundo y la cultura en la que están inmersos para participar activamente en la construcción de su identidad, se está afectando el principio de autonomía; sin duda también que si dentro de los planes públicos no existe una política de salud con planes de asistencia primaria en la etapa del embarazo y el desarrollo desde la primera infancia, se está afectando el principio de autonomía.

El efectivo ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales representa la condición de posibilidad fáctica sin la cual se torna imposible la realización de la libertad y el

⁵⁴ Capacidad Jurídica Procesal De Los Niños, Niñas Y Adolescentes. Especial Referencia a la Prueba de Testigos. Yumildre del Valle Castillo Herdó.

⁵⁵ El Artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (Principio de efectividad) y “En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional (principio de prioridad absoluta)”.

desarrollo de la persona, así como el fortalecimiento de sus capacidades, que le permiten adquirir un grado de autonomía y madurez que lo hagan apto para el ejercicio de sus derechos y planes de vida. La aplicación de este principio en el diseño de políticas públicas, constituye, en toda sociedad democrática, un instrumento más para la efectivización de los derechos. El Estado debe dar cuenta de estas acciones a la hora de la elaboración de sus políticas de educación, salud, vivienda, trabajo, orientándose por acciones positivas que determinen los planes de distribución y redistribución de los bienes públicos, asegurando la satisfacción integral de todos los derechos vinculados a la infancia y la familia, promoviendo estructuras favorables que garanticen las condiciones bajo las cuales se puedan alcanzar un alto nivel de desarrollo que abarque todos los aspectos del individuo haciendo posible la adquisición de una identidad, una orientación para la vida y el ejercicio pleno de sus facultades. La oferta de estas políticas deber ser amplia y dirigida al cumplimiento de objetivos concretos en la educación, salud, bienestar, vivienda, en la que se dé prioritaria cobertura a la niñez dentro del esquema de la familia. Ello se advierte claramente en la redacción del Artículo 28.1 de la Convención, que reza lo siguiente: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos.

Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad.

Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados.

Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas.

Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2.2.5 Capacidad Jurídica Procesal de los Niños, Niñas y Adolescentes.

La Capacidad Jurídica es aquella capacidad legal de poder ser sujeto activo o pasivo dentro de un conflicto jurídico procesal, es decir la capacidad que cada persona tiene para requerir derechos y a su vez adquirir obligación, actuando por supuesto, por derecho propio en un determinado proceso es decir que se refiere a la potencialidad de ser titular de derechos y obligaciones; basándonos en este supuesto podemos darnos cuenta que es posible atribuirle capacidad jurídica a los menores de edad. Al tomar como referencia lo que establece la LEPINA, en cuanto a que los derechos garantías y obligaciones reconocidos en la presente ley son aplicables a toda persona desde el instante de su concepción hasta que cumpla los dieciocho años de edad; y, que serán ejercidos directamente por los niños, niñas y adolescentes tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, con la dirección apropiada de su padre y madre y las limitaciones establecidas en la presente ley.

Esto quiere decir que el niño posee derechos desde el momento en que es concebido y que demás irá adquiriendo obligaciones en la medida en que vaya creciendo y desarrollándose, por lo cual se considera que se encuentra investido de capacidad jurídica. La LEPINA, puntualiza también una capacidad Jurídica Procesal⁵⁶, la cual le otorga al niño la facultad de ser parte en un proceso contando con la representación legal correspondiente. A pesar de no contar aún con la mayoría de edad, podrá exigir el cumplimiento de sus derechos si éstos fueren

⁵⁶Ibíd.

violentados. Sumado a ello, dicho cuerpo legal, materializa tal capacidad, a través del ejercicio de mecanismos dentro de los procesos judiciales o administrativos, identificando como tales, el derecho a la opinión, que es parte fundamental para la toma de decisiones o resoluciones que en esos entes se ventilen, dándole prioridad absoluta a dicho derecho.

En otro orden de ideas, la capacidad jurídica de todo niño, niña y adolescente, es concretada mediante la oportunidad que tienen estos, a ejercer sus derechos de manera propia, en cuanto a la interposición de las demandas, al poder ejercer la pretensión, al ser titulares del derecho; la legislación es explícita al decir que todo mayor de 14 años, estará habilitado para facultar representante judicial no siendo necesaria la intervención de sus padres o representante legal.

La Convención rompe con la dicotomía capacidad-incapacidad; confiriéndole al niño un particular estatuto jurídico que se deriva del reconocimiento de su condición de sujeto de derecho y de persona en desarrollo. La persona menor de edad no ha de ser tratada como un mero objeto de tutela ni tampoco como un adulto. Se le impone entonces a los Estados partes el deber de arbitrar mecanismos especiales de protección que garanticen a las personas menores de edad el pleno ejercicio de todos los derechos inherentes a la personalidad humana, dispositivos que deberán ir variando conforme a la edad por la que vayan transitando. Andamiaje jurídico institucional que debe estructurarse en función de la premisa a mayor edad mayor autonomía personal y concomitantemente mayor responsabilidad.

La efectiva observancia de este nuevo paradigma axiológico-jurídico importa necesariamente no solo un reacomodamiento de orden estrictamente normativo sino también de carácter orgánico institucional. En este plano el nuevo paradigma se expresa en un desplazamiento del eje articulador de la intervención jurisdiccional, que pasó de la figura del

juez/fiscal buen padre de familia a la del abogado del niño. Presupuesto que ha de vertebrar la reflexión jurídica dogmática referida a las normas de naturaleza adjetiva. Considerar a las personas menores de edad como sujetos de derecho importa en este plano el deber correlativo del Estado de asegurarle a éstas la posibilidad de comparecer ante los tribunales a formular sus propias pretensiones jurídicas, lo que le impone al Estado el deber de asegurar a todos los niños el acceso a un adecuado patrocinio legal. En este marco adquiere en el ámbito nacional particular relevancia el instituto de la Defensa Pública a través del cual el Estado ha de cumplir con el referido deber.

Toda labor interpretativa que se vaya a emprender de las normas que regulan el funcionamiento del andamiaje jurídico institucional que tiene por objeto la protección de los derechos de las personas menores de edad debe formularse teniendo en cuenta que el objetivo último que persigue la Convención es integrar a aquellas como sujetos de plenos derechos del pacto social; sin desconocer que las mismas han de ser merecedoras de una protección especial. De esta forma se estructura un marco jurídico que coloca a las personas menores de edad en la condición de ciudadanos en desarrollo, con todo lo que implica. Reconocida la condición de sujetos participes de la vida social y política, de seres progresivamente autónomos y responsables, las personas menores de edad han de contar con una especial protección en el ejercicio de sus derechos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales. Teniendo presente que el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales es una condición de posibilidad fáctica para el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos. Conformando ambas categorías de derecho un todo inescindible que tiene por único fundamento el carácter inalienable de la dignidad humana.

Los derechos económicos y sociales han de garantizar a todas las personas el efectivo ejercicio de sus derechos civiles y políticos. Cualquier praxis de intervención sobre la vida de las personas menores de edad que desconozca la integralidad e interdependencia de los derechos importa una lesión a la dignidad de la persona humana. Cuando con la pretensión de proteger social y económicamente a las personas menores de edad se vulnera de alguna forma su autonomía personal, se atropella su condición de sujeto de derecho, se las cosifica, trasmutando los derechos en necesidad. El objetivo que ha de perseguir el Estado en materia de protección económica y social es el de garantizar a todos los niños el pleno ejercicio de su condición de sujeto de derecho, de lo contrario aquellos que por la condición económica de sus familias requieran de la intervención del Estado, verán desconocidas su condición de ciudadanos en desarrollo y el Estado en lugar de hacer efectivo el principio de igualdad operará como un reproductor de la inequidad, condenando a los niños socialmente más desprotegidos a la vulneración de sus derechos civiles y políticos.

El rol que le corresponde al abogado del niño y particularmente a la Defensa pública en este plano es cardinal, en tanto le corresponde actuar en el ámbito jurisdiccional con el objetivo de hacer exigibles los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas menores de edad y el activar los mecanismos jurisdiccionales para el control eficaz de la legitimidad de la intervención del Estado en esta materia, en última instancia es el Defensor a quien le corresponde velar porque la intervención del Estado se ajuste a la ya referida racionalidad axiológico jurídica que informa la Convención.

Los derechos humanos de la infancia colocados en la condición de sujeto del contrato social las personas menores de edad han de ver garantizado el pleno ejercicio de sus derechos y garantías frente a la intervención punitiva del Estado. Concebido como sujeto y no como mero

objeto de tutela las personas menores de edad solo podrán ser sujetas de la intervención del Estado cuando haya incurrido en una trasgresión a algunas de las reglas del contrato. De esta forma la intervención estatal ha de estar regulada por todo un andamiaje jurídico que ha de limitarla y racionalizarla, y que se articula sobre el principio de legalidad, solo la trasgresión a una de las normas.

- **Los Niños, Niñas y Adolescentes como Sujetos de Derechos.**

La consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos los visualiza en su condición de persona, titulares de derechos humanos, y en consecuencia define la concepción jurídica de la infancia contemporánea. No cabe dudas, estamos esbozando un nuevo paradigma que asigna el reto de “transformar al niño en ciudadano⁵⁷” y en tal contexto, proclama su reconocimiento de derechos fundamentales, que el Ordenamiento Jurídico en ningún caso, podrá desconocer. En palabras de Mesa Castillo la noción requiere el concurso de la pedagogía, la psicología y las ciencias médicas en general porque hablar de capacidad progresiva es descubrir el epicentro de la democracia en la familia.

Se trata de una ampliación en el ejercicio de los derechos fundamentales del niño hacia un régimen más dinámico y flexible de capacidad de obrar del mismo que tributa a una efectiva realización de sus derechos. A cuyos efectos, debe delinearse dicha capacidad; sin embargo, “no es plena, sino limitada; pero no por ser incapaz, sino en función de su propio desarrollo, de acuerdo con la capacidad de entendimiento o progresiva”, la referida capacidad de entendimiento

⁵⁷ En la actualidad varios autores enarbolan este apotegma. Nótese, desde la sanción de la CDN asoma al panorama normativo el reconocimiento de derechos humanos de los niños, que se han incorporado en varios de los ordenamientos jurídicos constitucionales internos. Esta inclusión de las fuentes externas conlleva a una “nueva gradación jerárquica”; significa la prioridad de la Constitución y de los tratados de derechos humanos por sobre las demás fuentes normativas. Por citar la experiencia Argentina, la última reforma constitucional acaecida en el año 1994, elevó a rango constitucional instrumentos de derechos humanos, entre ellos la CDN, señalándose en la doctrina su “jerarquía constitucional originaria. Vid. Minyersky, N. (2007), Lloveras, N. & Faraoni F. (2010), Herrera, M. (2011), Krasnow, A. (2011).

viene a coincidir con la capacidad natural, definida por Albaladejo⁵⁸ como “aquellas condiciones psíquicas adecuadas para obrar válidamente”, constituyendo nuevos parámetros que fijan su papel como sujeto activo en la sociedad.

Ahora bien cabe mencionar que el niño en la actualidad se beneficia con un enfoque de protección integral que considera a las niñas, niños y adolescentes como personas en desarrollo, que gozan de todos los derechos como ciudadanos, lo que en términos concretos significa que se reconocen sus necesidades y derechos exigibles que forman parte de sus derechos humanos, lo que obliga al Estado no sólo a satisfacer estas necesidades en forma urgente, sino a intervenir en todas las circunstancias en las que estos derechos estén siendo vulnerados o en riesgo de serlo. Todos los niños, niñas y adolescentes, y en particular aquellos que pertenecen a los sectores en condiciones de mayor exclusión social, requieren de una decidida acción del gobierno como administrador del Estado en la creación y activación de mecanismos legislativos, educativos, culturales, sociales e institucionales que transformen la realidad de vulneración que sufren y combata las diferentes formas de exclusión y discriminación en relación con el ejercicio de sus derechos. Relacionado a ello, el traslape que realiza la Convención Sobre los Derechos del Niño de la Situación Irregular al Sistema de Protección Integral, donde en el primero se le consideraba al niño, un sujeto incapaz de ejercer sus derechos por manera propia, situación que se modificó con la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

- **Legitimación Activa Prevista en LEPINA.**

Mientras la capacidad establece quién puede ser parte y quién puede actuar en un proceso de forma abstracta, la legitimación dispone quién ha de ser parte en un proceso determinado. La legitimación, con ser una aptitud o cualidad predicable de las partes en un proceso en lo que se

⁵⁸ Albaladejo, M. (2002). “Derecho Civil, Introducción y Parte General, Volumen primero, Introducción y Derecho de la persona (15 ed.). Barcelona: Bosch” (página 14).

asemeja a la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal, no constituye, un presupuesto del derecho al proceso, es decir, del derecho a una sentencia sobre el fondo, sino un presupuesto de la acción, esto es, uno de los elementos necesarios para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta. La legitimación es una cualidad o condición de las partes en relación con concretos procesos o igual con los concretos objetos procesales.

Para determinar si se tiene o no legitimación “activa o pasiva” es imprescindible atender a la tutela jurisdiccional concreta que se pretende. Entendiendo por legitimación la cualidad de un sujeto consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento, a su favor de una pretensión que ejercita (la legitimación activa) o la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (la legitimación pasiva). En palabras más sencillas la legitimación activa⁵⁹ la tiene el posible titular de un derecho o interés reclamado en el proceso, quien afirma ser titular de un derecho subjetivo material. Según el Artículo 219 de la LEPINA, se encuentran legitimados para requerir la protección judicial de los derechos de la niñez y de la adolescencia:

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

La madre, padre u otro representante legalmente facultado de la niña, niño o adolescente afectado, así como sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

El Procurador General de la República.

El Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos.

⁵⁹ El artículo 218 de la Ley de Protección Integral, establece que: “Los niños, niñas y adolescentes menores de catorce años de edad, podrán intervenir en los procesos establecidos por esta Ley por medio de su madre, padre y otros representantes, y en su caso, por el Procurador General de la República, o sus agentes debidamente facultados para ello, los mayores de catorce años de edad, también podrán comparecer por medio de apoderado legalmente constituido, conforme a las reglas del derecho común en los procesos regulados por esta Ley para lograr la protección de sus derechos. No obstante, en los casos de pérdida o suspensión de la autoridad parental y privación de la administración de sus bienes, deberán de actuar representados por el Procurador General de la República o sus agentes debidamente facultados para ello.”

- **Derecho de Opinión y Ser Oído.**

El derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado, es uno de los cuatro principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁰ (el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y desarrollo y el interés superior del niño). El artículo 12 de la Convención, en el párrafo uno garantiza a todo niño que esté en condiciones de formar un juicio propio a expresar su opinión libremente, mientras que el párrafo segundo otorga al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, explorando la voluntad del niño, niña y adolescente de acuerdo a su madurez, resulta pauta concreta para determinar su interés superior.

Aunque muchas personas no lo saben, los niños, niñas y adolescentes de muchos países del mundo, tienen el derecho a opinar y a ser escuchados recogidos en las diferentes legislaciones vigentes en los países en los que residen, desde una perspectiva de Derecho Comparado, se aduce la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes; en Argentina (Ley 26.061 de 21 de octubre del 2005), en su artículo 3, refiere el grado de madurez y la capacidad de discernimiento del niño como aspecto a tener en cuenta en la definición de su interés superior.

En México, el Código Civil del Distrito Federal, establece “al juez la obligación de escuchar a menores atendiendo a su edad y grado de madurez”. En España, el artículo 9 de La ley 1 de 15 de enero de 1996, prevé el derecho del menor a ser escuchado atendiendo a su desarrollo evolutivo, independientemente de la valoración poco optimista que un sector amplio en doctrina⁶¹ emite sobre la Ley de Protección Orgánica al Menor.

⁶⁰ DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO o llamada también “DECLARACION DE GINEBRA”: Adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas el 24/09/1924.

⁶¹ Linacero de la Fuente, M. (2003). “La autora describe el primer bloque de la Ley 1/1996 relativo a los derechos del menor y principios rectores de actuación administrativa, señalando ciertas notas de ambigüedad”.

En Cuba, el Proyecto del Código de Familia recepta el criterio de la madurez psíquica y mental del niño, sin hacer referencia a una edad determinada para participar en instituciones familiares. Así, en la adopción y la guarda y cuidado de los hijos, el Tribunal podrá explorar la voluntad del niño atendiendo a su capacidad natural; eliminándose la edad de siete años en los procesos de adopción y se establece con carácter obligatorio la exploración del menor. Dinámica loable a las nociones de “capacidad progresiva” y “evolución de las facultades del niño⁶²” en plena armonía con el principio de interés superior.

El niño tiene el “derecho de expresar su opinión libremente”. “Libremente” significa que el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado. “Libremente” significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas. “Libremente” es además una noción intrínsecamente ligada a la perspectiva “propia” del niño: el niño tiene el derecho a expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

Los Estados Partes deben garantizar unas condiciones para expresar opiniones en que se tenga en cuenta la situación individual y social del niño y un entorno en que el niño se sienta respetado y seguro cuando exprese libremente sus opiniones.

La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la

⁶² Se proyecta en el Ordenamiento Jurídico familiar cubano, a partir de las Instrucciones 187/ 2007, y 191/ 2008 del “Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo un paso de avance hacia el respeto del derecho del niño a ser escuchado, conforme a su progresiva capacidad natural”.

información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño.⁶³

Los niños y niñas tienen opiniones propias y fundadas en su experiencia y su conocimiento, normalmente acorde con su edad. Los menores tienen derecho a opinar sobre todos los procesos sociales que les concierne, así como formar parte de debates sobre temas de actualidad, cultura y sociedad, y ser escuchados; por lo que la sociedad tiene el deber de tomar en cuenta la opinión de los mismos. En la Observación General número doce del Comité de los Derechos del Niño, del año 2009 referente al derecho del niño a ser escuchado, realiza un análisis literal del artículo 12, del cual se retoman algunos elementos:

Que los Estados partes garanticen el derecho del niño o niña a expresar su opinión libremente, significa que tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias con el fin de respetar este derecho de los niños; la obligación no solo se compone de asegurar los mecanismos para recabar la opinión del niño, en los asuntos que lo afecten sino que, incluye la obligación de tomar en cuenta la opinión que emita.

Los niños no son incapaces de expresar sus opiniones, por lo que debe entenderse el que esté en condiciones de formarse un juicio propio, no como un límite a la edad para ejercer el derecho, sino que el Estado debe evaluar la capacidad del niño o niña de formarse una opinión sin estipular una determinada edad para estimarlo.

Ello confirma la relevancia otorgada al desarrollo evolutivo del infante, que en algunos casos no coincide con su edad cronológica. Más atinado sería identificar el desarrollo evolutivo con “edades psicológicas, incluyendo el reconocimiento y utilización de formas no verbales de

⁶³ Observación General N° 12 (2009), “sobre las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño” (párrs. 70 a 74).

comunicación (juego, expresión corporal, dibujo y pintura) desde muy pequeños los niños tienen y pueden expresar su opinión.

En el segundo párrafo del artículo 12 CDN, hace referencia a que el niño debe ser escuchado en todo procedimiento judicial y administrativo, siempre que le afecte. Estos procesos pueden ser iniciados propiamente por el niño, o por conflictos de terceros cuya resolución afecte a un niño, ejemplos: la separación de los padres, la guarda y cuidado personal o la adopción. Esta obligación requiere la capacitación de las autoridades que escucharan a los niños, niñas y adolescentes; la creación de espacios adecuados, adaptados a las necesidades propias de la niñez. Así mismo el artículo determina que la opinión del niño puede ser personalmente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, que conozca la opinión y represente exclusivamente sus intereses; esta representación debe estar en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional, es decir al igual que otro ciudadano la ley protege el derecho de defensa y de acceso a la justicia del niño, niña y adolescente.

Del análisis del artículo 12 de la CDN, relacionamos el artículo 94 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA) el derecho a opinar y ser oído Artículo 94. Derecho a opinar y ser oído las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a opinar y a ser oídos en cuanto al ejercicio de los principios, garantías y facultades establecidos en la presente Ley. Este derecho podrá ser ejercido ante cualquier entidad, pública o privada y estas deberán dejar constancia en sus resoluciones de las consideraciones y valoraciones relacionadas con la opinión expresada por aquéllos. La opinión de las niñas, niños y adolescentes será recibida con métodos acordes a su edad y será tomada en cuenta en función de su desarrollo evolutivo.

- ✓ **Representación Legal y Judicial para el Debido Ejercicio de la Capacidad Jurídica Procesal de la Niñez y Adolescencia.**

El término representación proviene del latín “cognitor, que significa el que realiza algo por otro”, constituye una institución jurídica, por la cual una persona actúa expresando su voluntad, pero en interés de otra persona, es decir, el representado, recayendo los efectos jurídicos de esa actuación directa y retroactivamente en el círculo jurídico del representado. Según la doctrina, por la fuente, la representación puede dividirse en:

- **Representación Convencional:** Es aquella que tiene origen en el mandato, por el cual una persona se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta del mandante.

Al respecto, cabe hacer mención de lo dispuesto en el Artículo 218 de la LEPINA, en cuanto a la capacidad jurídica procesal, el cual establece que las niñas, niños y adolescentes menores de catorce años de edad pueden intervenir en los procesos establecidos, por medio de su madre, padre y otros representantes, y en su caso, por el Procurador General de la República o sus agentes debidamente facultados para ello. Asimismo, determina que los adolescentes mayores de catorce años de edad también pueden comparecer por medio de apoderado legalmente constituido conforme a las Reglas del Derecho Común, en los procesos regulados por la LEPINA, para lograr la protección de sus derechos.

Dicha disposición legal, otorga la intervención procesal a la niñez y adolescencia, por medio de representantes o apoderados, incluso por medio de la Procuraduría General de la República. Pero es relevante determinar que para tramitar las pretensiones relativas a los derechos y deberes establecidos por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, en las distintas etapas, instancias y grados de conocimiento, se aplican supletoriamente las disposiciones de la Ley Procesal de Familia, tal como lo dispone el Artículo 215, con las modificaciones que se establecen en dicha ley.

- **Representación Legal:** Es la facultad otorgada por la ley a una persona para obrar en nombre de otra, recayendo en ésta los efectos de tales actos. El ejercicio de esta representación puede ser obligatorio para el representante. Es un ejemplo típico de representación legal la representación de los hijos menores por sus padres en virtud de que no hubieren perdido la autoridad parental sobre su hijo menor o incapacitado, art 223 del Código de Familia, con las excepciones previstas; o que no se haya extinguido por las causas del artículo 239 del Código de Familia, como son la muerte del hijo o del progenitor respectivo, adopción, matrimonio, mayoría de edad del hijo; y de no haber progenitores su defensa la asume la Procuraduría General de la Republica hasta que pueda nombrarse un representante que pueda intervenir como su Defensor Judicial artículo 224 del Código de Familia y 60 del Código Procesal civil y Mercantil.
- **Representación Judicial:** Permite a la parte conferir a su abogado patrocinante sólo las facultades generales del poder, en el primer escrito que se presente al proceso, Constituye una excepción a las formalidades de otorgamiento del poder; requiriéndose designar el domicilio personal del representado y su declaración de estar instruido de la representación o delegación que otorga y de sus alcances.

Según el régimen de incapacidad o prodigalidad establecido sobre la persona: representación por uno o más tutores o en su caso curador de entre quienes pueden serlo por cumplir los requisitos necesarios para tal designación artículo 272 y siguientes del Código de Familia, salvo en caso de conflicto de intereses donde de nuevo será la Procuraduría General la que defienda el sujeto, artículo 60 último párrafo del Código Procesal Civil y Mercantil.

- **La Figura del Abogado – Defensa Técnica.**

La figura del abogado defensor en la doctrina de protección integral debe de tener un nuevo enfoque, convirtiéndose principalmente en un trasmisor de los criterios y opiniones de la niña, niño o adolescente, pero en la legislación nacional se debe de hablar en representación, sin limitarla a la actuación de un abogado ya que durante todo el desarrollo de la ley y en el Art. 219 de la LEPINA específicamente, se establece en un primer lugar la representación de la niña, niño y adolescente, a su familia, en concordancia con el “Principio del rol primario y fundamental de la familia”, tal como lo establece el texto jurídico en los Art. 94 inc. 2°, 9 inc 4° de la LEPINA, los primeros a ejercer la representación en los procesos judiciales o administrativos cuando no resultare conveniente, entendiéndose este como la falta de la adecuada facultad evolutiva u otra similar, son el padre o la madre y si faltaren estos quien ejerza la representación legal será la Procuraduría General de la República, Procuraduría para la defensa de los Derechos Humanos o representación jurídica debidamente acreditada como el derecho común lo manda, de acuerdo como lo estableciere respectivamente los Art. 50, 195, 218 de la LEPINA.

En cuanto a la representación de la niñez y adolescencia en los procesos judiciales y administrativos la autora Argentina Lorena Novella, realiza un planteamiento muy certero exponiendo que, ¿qué sucede cuándo el accionar de los padres no está claramente orientado hacia los intereses subjetivos del niño? Interrogante que se podría despejar bajo la luz del “Principio de Corresponsabilidad”⁶⁴.

- **Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.**

En el artículo 103, de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece el Sistema Nacional de Protección, como el conjunto coordinado de órganos, entidades o instituciones, públicas y privadas, cuyas políticas, planes y programas tienen como objetivo

⁶⁴ Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia 2009, artículo 13 “la garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes corresponden a la familia, Estado y sociedad”

primordial garantizar el pleno goce de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en El Salvador.

El Sistema de Protección Integral se organiza y se rige bajo los principios de legalidad, participación democrática, eficacia y eficiencia. La actuación de los integrantes del Sistema se rige además por los principios de coordinación, cooperación, transparencia, buena fe y gratuidad.

Y, se encuentra integrado por:

El Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia.

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

Las Juntas de Protección de la Niñez y de la Adolescencia.

Las Asociaciones de Promoción y Asistencia.

El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia.

El Órgano Judicial.

La Procuraduría General de la República.

La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

Los miembros de la Red de Atención Compartida.

- **Mecanismos de Protección y Formas de Actuación de los Niños, Niñas y Adolescentes, en Caso de Vulneración de sus Derechos.**

Entendemos por vulneración de Derechos a cualquier situación en la cual los niños, niñas y adolescentes quedan expuestos al peligro o daño que pueda violar su integridad física y psicológica. En los casos más extremos, la vulneración se presenta por negligencia, maltrato de cualquier tipo o abuso sexual.

Situaciones de Vulneración:

- Violencia Social por pandillas.

- Bullying Escolar.
- Delincuencia.
- Expulsión sin Causa Justificada.
- Denegación de Matricula.
- Violencia Intrafamiliar.

Delitos establecidos en el Código Penal:

- Maltrato infantil.
- Violación.
- Abuso Sexual.
- Estupro.
- Trata de Personas.
- Trafico de Drogas.

Formas de Actuación:

- **Aviso:** Puede ser interpuesto de manera verbal, personalmente o vía telefónica o escrita. manteniendo el anonimato sin revelar la identidad.
- **Denuncia:** Siempre debe contener los datos de la persona denunciante y constar por escrito.
- **Oficio:** Lo hace la instancia nacional correspondiente cuando tienen conocimiento de un caso.

Quienes:

- **Aviso:** Cualquier persona dentro de la comunidad educativa que tenga conocimiento de un hecho de vulneración.

- **Denuncia:** Niñas, Niños y Adolescentes, Docentes, Director, CDE, Funcionarios o Empleados Públicos, Padres, Madres y Encargados.

Obligación de dar Aviso o Denunciar:

- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia⁶⁵: Establece la responsabilidad de las madres, padres o representantes en materia de educación de denunciar actos contrarios que atenten contra la vida y la dignidad de las NNA, así como de dar a conocer a NNA las instancias donde deben acudir en caso de atentar la vida y la integridad (art. 87).
- Código Penal⁶⁶: Establece la obligación de dar aviso a todos los funcionarios o empleados públicos, agente de autoridad o autoridad pública que en el ejercicio de sus funciones, o con ocasión de ellas tuviere conocimiento de haberse perpetrado un hecho punible, y si omitiere dar aviso dentro del plazo de veinticuatro horas al funcionario competente, deberá ser sancionado de cincuenta a cien días multa. Igual sanción se impondrá al jefe o persona encargada de un centro hospitalario, clínica u otro establecimiento semejante, público o privado, que no informare al funcionario competente el ingreso de personas lesionadas, dentro de las ocho horas siguientes al mismo, en caso en que racionalmente debieran considerarse como provenientes de un delito (art 312).
- Ley de la Carrera Docente: Establece la obligación legal de denunciar cualquier hecho de violencia sexual que sufran los y las estudiantes o cualquier miembro de la comunidad educativa art. 31 numeral 5-A.

⁶⁵ Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Decreto legislativo N° 839 del Año 2009. Publicado en el Diario Oficial N° 68 Tomo 383 Fecha 16 de abril de 2009.

⁶⁶ Código Penal, Decreto legislativo N° 310 del año 2010. Publicado en el Diario Oficial N° 64 Tomo 387 Fecha 09 de Abril de 2010.

El Director, el Consejo Directivo Escolar o el superior en jerarquía, están obligados a presentar la denuncia correspondiente ante la Junta de la Carrera Docente, en 5 días hábiles después de la suspensión del educador (art. 60 inciso segundo).

Cuando la falta administrativa sea constitutiva de delito, tales como acoso sexual, delitos contra la libertad sexual, la ley obliga nuevamente al Director/a, Consejo Directivo Escolar o Superior en Jerarquía, a notificar inmediatamente a la Fiscalía General de la República (art. 60 inciso tercero).

2.2.6 Competencias de las Instancias Administrativas y Judiciales en Caso de Vulneración de los Derechos.

En el ámbito educativo⁶⁷, el personal docente y de la comunidad educativa puede avisar o denunciar cualquier vulneración de derechos cometidos a NNA⁶⁸.

Entre las instancias a las que se pueden dirigir, tenemos:

Instancias Administrativas.

- **Las Juntas de Protección de la Niñez y Adolescencia:** Instancia administrativa que interviene cuando es necesario interponer alguna medida de protección inmediata a favor del NNA, pero si esta vulneración es constitutiva de delito se remitirá de inmediato a la Fiscalía General de la República.
- **Policía Nacional Civil:** Brinda protección a la población e investiga los delitos a petición de la FGR. Se puede avisar al 911 o presentar la denuncia ante cualquier delegación de la PNC y posteriormente éste remite el caso a la FGR.

⁶⁷ POLÍTICA DE EDUCACIÓN INCLUSIVA (2010), Ministerio de Educación de El Salvador, San Salvador.

⁶⁸ PASO A PASO PARA LA DENUNCIA O AVISO DE LOS CASOS DE VIOLENCIA SEXUAL EN LOS CENTROS ESCOLARES (2010), Ministerio de Educación de El Salvador, San Salvador.

- **Fiscalía General de la República:** Está a cargo de la dirección funcional de la investigación de los delitos, iniciando el proceso, ordenando que se practiquen las diligencias de investigación, recolectando pruebas, y especialmente individualizando al imputado. Posteriormente, remite el caso a los tribunales.

Instancias Judiciales.

- **Juzgados de Paz:** Conocen de las faltas o delitos, específicamente ven los casos de violencia intrafamiliar, maltrato infantil y delitos contra la libertad sexual.
- **Juzgados de Familia:** Conocen de los conflictos en el ámbito familiar que no sean delitos, así como los relacionados con la violencia intrafamiliar.
- **Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia:** Conocen, en primer lugar, de casos generales de protección integral de NNA provenientes de las Juntas de Protección; y en segundo, de casos abreviados de protección integral que denuncian las personas particulares.
- ✓ **Competencia de los Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia.**

El Libro tercero de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece la administración de Justicia, e inicia determinando que la normativa corresponde a la materia de familia y que los tribunales competentes⁶⁹ para conocer de los procesos regulados en ella, siendo estos los Juzgados Especializados y Cámaras Especializadas de Niñez y Adolescencia. En cuanto a la aplicación territorial de la ley, la citada Ley, determina que los tribunales de la república serán competentes para conocer los procesos regulados, y a ellos estarán sometidos los nacionales y los extranjeros. Y, la competencia, se extenderá a los siguientes supuestos:

⁶⁹ “Curso de medidas judiciales de protección a los derechos de la niñez y la adolescencia” (FEBERO 2010), (Modulo IV, SERIE LEPINA). AREA DE DERECHO DE FAMILIA. Consejo Nacional de la Judicatura, República de El Salvador.

- a) Cuando las niñas, niños y adolescentes residan en El Salvador, independientemente de su nacionalidad.
- b) Cuando las partes se hubieren sometido expresamente a los tribunales nacionales.
- c) Cuando el demandado, cualquiera que sea su nacionalidad, tuviere domicilio o residencia en el país.
- d) Cuando la obligación de que se trate deba ser cumplida en El Salvador.
- e) Cuando la pretensión se fundamente en un hecho, acto o negocio jurídico celebrado con efectos en el territorio nacional.

En cuanto a la competencia por razón del territorio, los son para conocer de las pretensiones relativas a la protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia:

- a) El juez del domicilio o lugar de residencia de la niña, niño o adolescente afectado.
 - b) El juez del lugar donde se amenacen o se haya producido la violación, por acción u omisión, de tales derechos.
 - c) El juez del domicilio o lugar de residencia de la autoridad, funcionario o particular a quien se atribuya la respectiva amenaza o violación. En caso de existir varios jueces competentes, conocerá el que primero emplace a la parte demandada.
- ✓ **Procesos Judiciales Previstos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.**

El Proceso General de Protección sirve para satisfacer intereses estrictamente jurídicos de los sujetos legitimados en los siguientes casos:

- a) Cuando las Juntas de Protección se nieguen inicialmente a conocer de las amenazas o violaciones de los derechos individuales de niñas, niños y adolescentes, utilizando el recurso de revisión que prevé la Ley.
- b) Cuando las Juntas de Protección hubieran desestimado las denuncias presentadas, agotado el recurso de revisión que prevé la Ley.
- c) Cuando las Juntas de Protección sean las responsables de las amenazas o violaciones de tales derechos.
- d) Cuando sea necesaria la adopción del acogimiento familiar o institucional, previa evaluación y solicitud realizada por las Juntas de Protección.
- e) Cuando se pretenda la revisión de la decisión administrativa que afecte el derecho de reunificación familiar de la niña, niño o adolescente.
- f) Cuando se promueva la Acción de Protección, la acción de protección tiene como finalidad lograr la tutela judicial de intereses colectivos o difusos de la niñez y adolescencia, mediante la imposición de una determinada prestación o conducta al funcionario, autoridad o particular responsable de su vulneración.

De acuerdo a la naturaleza de la situación controvertida, el mandato judicial podrá referirse a un hacer o deshacer, a la prestación de un servicio o la no realización de alguna conducta por parte del demandado. El ejercicio de la acción de protección no es procedente para la revisión de la PNPNA o las políticas locales de la materia, ni los actos relativos a la elaboración, aprobación o modificación de éstas. Además de los sujetos legitimados activamente por la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, pueden entablar la acción de protección el CONNA, los Comités Locales y las asociaciones legalmente constituidas que

tengan por objeto o finalidad la protección de los intereses difusos o colectivos relacionados con la niñez y la adolescencia.

El artículo 215 LEPINA, establece los procesos aplicables para tramitar las pretensiones relativas a los derechos y deberes establecidos en la Ley, en las distintas etapas, instancias y grados de conocimiento, se aplican las disposiciones de la Ley Procesal de Familia, con las modificaciones que establece la LEPINA. Los asuntos relativos a la protección de las niñas, niños y adolescentes que no tengan establecido un trámite especial por la ley, se rigen conforme a lo prescrito para el proceso general de protección. Ninguna autoridad judicial puede invocar la falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para soslayar ni justificar la violación o amenaza de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

En el Proceso General de Protección⁷⁰ corresponde a cada parte probar los hechos que alegue; no obstante, según las particularidades del caso y por razones de habitualidad, especialización u otros motivos, la carga de la prueba podrá corresponderle a la parte que se encuentre en mejores condiciones de aportar las fuentes de prueba tendientes a esclarecer los hechos controvertidos.

- **Proceso Abreviado.**

El Proceso Abreviado se promueve en los siguientes casos:

La revisión, a instancia de parte, de las medidas administrativas de protección impuestas por las Juntas de Protección.

El cumplimiento de las medidas dictadas por las Juntas de Protección, cuando sus destinatarios se nieguen a acatarlas.

⁷⁰ “Exposición de motivos de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia” (2009). Consejo Nacional de la Judicatura, República de El Salvador.

La autorización de la intervención, hospitalización o administración de tratamiento médico para una niña, niño o adolescente, cuando sus padres, representantes o responsables se encuentren ausentes o se opongan a la medida.

La autorización para la salida del país de la niña, niño o adolescente, cuando la madre, padre o quien ejerza su representación legal se encuentre ausente o se negare injustificadamente a dar dicha autorización.

La LEPINA, a partir del Art. 230 establece los actos previos a la Audiencia Única dentro del Proceso Abreviado, entre los cuales se encuentran el examen inicial, sobre la admisibilidad de la demanda o solicitud, según corresponda, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación; salvo en los casos de la autorización para la intervención, hospitalización o administración de tratamiento médico para una niña, niño o adolescente el juez debe pronunciar la resolución correspondiente en un término que no excederá de dos horas⁷¹. Asimismo, si la demanda o solicitud adoleciera de defectos formales subsanables, el juez procede oficiosamente a subsanarlos⁷². En el auto de admisión de la demanda el juez señala día y hora en que tendrá lugar la audiencia, la cual debe celebrarse en el plazo máximo de veinticuatro horas, contadas a partir de su señalamiento⁷³. Emplazado el demandado, debe contestar la demanda durante la audiencia y toda la prueba se debe aportar durante la realización de la audiencia, la cual se desarrolla en el lugar y fecha señalados y de acuerdo a las mismas reglas establecidas para el desarrollo de la audiencia única en el procedimiento administrativo, con las modificaciones⁷⁴ establecidas por la LEPINA.

⁷¹ Ley Protección Integral de Niñez y Adolescencia (2009), artículo 231.

⁷² Ley Protección Integral (2009),,, opt, cit., artículo 232.

⁷³ Ley Protección Integral (2009),,, opt, cit., artículo 233.

⁷⁴ “Plan de formación y difusión sobre la implementación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia”. Comisión Coordinadora del Sector Justicia (UTE).

Practicada la prueba, las partes formulan oralmente sus alegatos finales y concluidos los debates el juez dicta inmediatamente la sentencia, salvo cuando por la complejidad del asunto sea necesario diferir la redacción de la misma, entonces el juez provee el fallo y explica sintéticamente los fundamentos que motivan su decisión, y provee por escrito la sentencia respectiva dentro de los cinco días hábiles siguientes. Contra la sentencia que se pronuncia se interponen los recursos legalmente previstos.

- **Acogimientos de Emergencia.**

Si bien es cierto, la LEPINA otorga la competencia a los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia, sobre el conocimiento únicamente de dos Procesos como son el Proceso General de Protección y el Proceso Abreviado, anteriormente descritos.

Sin embargo, en la realidad en los referidos Juzgados se tramitan Acogimientos de Emergencia en virtud del artículo 123 LEPINA. El Acogimiento de Emergencia es una medida excepcional y provisional, emitida en situaciones de extrema urgencia o necesidad en favor de una niña, niño o adolescente, que puede consistir en la separación de su entorno familiar, y por la cual se confía su cuidado a personas idóneas con las cuales le unen vínculos de parentesco o al Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, como forma de transición a otra medida administrativa o judicial de protección. La Junta de Protección deberá supervisar, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la ejecución de la medida y luego, de manera constante, las condiciones en que se encuentre la niña, niño o adolescente a cargo del ejecutor de la medida. Si en el plazo máximo de quince días continuos no se hubiere podido resolver el caso por la vía administrativa, la Junta de Protección lo pone a la orden del juez competente.

El Acogimiento de Emergencia, la LEPINA, en su artículo 248, establece la revisión de la situación de las niñas, niños y adolescentes en internamiento. Al momento de la entrada en vigencia de la LEPINA, las niñas, niños y adolescentes que se encontraban institucionalizados en centros de internamiento públicos o privados, pasaron a disposición de los Jueces Especializados de Niñez y Adolescencia, quienes con la asistencia del ISNA procedieron a la revisión de la situación jurídica de aquellos con el propósito de aplicar, principalmente, las medidas de protección judiciales que resulten apropiadas para garantizar los derechos contemplados en la LEPINA. EL Juez que dictó la medida deberá continuar conociendo sobre la misma, y deberá privilegiar la integración de la niña, niño y adolescente a su familia nuclear, y de no ser por ello posible, las modalidades de acogimiento familiar. En todo caso, el juez competente adoptó las medidas administrativas que eran adecuadas en el interés superior de la niña, niño y adolescente⁷⁵.

2.3 Marco Regulatorio y Sistema Internacional.

2.4 Sistema Internacional.

2.4.1 Declaración de los Derechos del Niño (CDN).

Cuyo objetivo principal era luchar por la paz, volvamos a recuperar el sendero de los derechos de los niños y niñas; la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 surge en un contexto internacional más pacificado, con la recuperación de todos los países que intervinieron en la guerra aparecen algunas innovaciones importantes: una definición de niño en el preámbulo⁷⁶; el derecho de los niños a unos padres principio 6; derecho a un nombre y una

⁷⁵ PLAN NACIONAL DE IGUALDAD Y EQUIDAD PARA MUJERES SALVADOREÑAS (2012), Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU), San Salvador.

⁷⁶ Declaración de los Derechos del Niño (1959), “preámbulo Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

nacionalidad principio 3; lo cual presupone cierto reconocimiento de derechos civiles, aunque los redactores no fuesen conscientes de ello y, por primera vez aparece un concepto nuevo que supondrá en la Convención de 1989 un punto fundamental y controvertido en el ámbito jurídico: “el interés superior del niño”. Así en el principio 2 se dice: “Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño” y también en el principio 7 se dice: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe en primer término a sus padres”. Por lo tanto, en dos principios fundamentales como es el de la protección especial para “el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social en forma saludable y normal y el derecho a la educación, en el cual se encuentran implicados los gobiernos, la sociedad y los padres, queda claro que debe primar el ‘interés del niño’”.

Este planteamiento resulta innovador ya que debe estar por encima de cualquier otra consideración, abriendo la posibilidad a considerar a los niños como sujetos de derecho. El Salvador, considera que la Declaración de los Derechos del Niño es de suma importancia para nuestro ordenamiento jurídico ya que este tratado internacional reconoce los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes definidos como personas menores de 18 años.

2.4.2 Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

El Salvador fue uno de los 48 Estados en el mundo que firmó el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero a su vez lo obliga a asumir en todo momento y circunstancia una conducta compatible con los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, la declaración universal se proclama el 10 de diciembre de 1948, como ideal común en todas las naciones, la cual contiene múltiples derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Inicialmente la declaración universal se concibió como una exposición de objetivos que deberían alcanzar los estados, por lo que no formo parte del derecho internacional obligatorio, sin embargo el hecho que tantos estados la hayan aceptado, le ha dado considerable peso moral y político, más tarde en 1968, la conferencia internacional de las naciones unidas sobre los derechos humanos continuo una obligación para los miembros de la comunidad internacional incluido El Salvador, la declaración de derechos humanos constituye el primer segmento de la carta internacional de los derechos humanos que comprende:

El pacto internacional de derechos económicos, sociales, y culturales (1966) y el protocolo facultativo de este de este pacto (1966).

Los dos primeros artículos de la declaración universal declaran que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad sin distinciones.

En los 19 artículos se habla de derechos civiles y políticos que tiene el ser humano.

Los artículos 22 y 27 se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales.

Los artículos 28 al 30 reconocen que todos tenemos derecho a que establezca un orden social e internacional para que estos derechos se hagan efectivos y se hace énfasis en que aso como tenemos derechos también tenemos deberes para la familia, la comunidad y el Estado.

2.4.3 Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

La Convención fue ratificada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49; no es más que un documento con fuerza jurídica obligatoria, así cuando un Estado ratifica el texto de la Convención queda automáticamente vinculado al cumplimiento de su contenido. El carácter vinculante ha de entenderse íntimamente conectado con la consideración del niño como ser autónomo; el hecho de que el instrumento que recoge sus derechos sea un instrumento

jurídico, y no una declaración de buenas intenciones, indica que las pretensiones que puedan tener los niños para la protección de sus derechos no sólo interesan a la humanidad en general, sino que vinculan a los Estados signatarios de la Convención.

Este instrumento recoge Derechos como el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el principio con la satisfacción de ellos⁷⁷; esta Convención hace alusión en su artículo 1 que se les considera a las niñas y niños como personas, sin importar que no tengan 18 años de edad, no obstante que como tales, son sujetos plenos de derecho y de justicia, pues tienen todos los derechos que se mencionan a lo largo de esta Convención, teniendo en cuenta que por su falta de madurez física y mental, necesitan de la debida protección integral, un sistema de protección y por supuesto, cuidados especiales; según el artículo 3 número 1, se tomará como base el interés superior del niño para brindarle un mejor bienestar para él, pues en base a esta disposición se dice que tienen derechos que deben de respetárseles, aunque estos no sean literalmente mencionados, como lo son la capacidad que como niñas, niños y adolescentes tienen procesalmente, a pesar de que su edad no les permita actuar como tales.

Según el artículo 9 número 1 y 2, manifiestan acerca de la capacidad procesal que como tales poseen; pues se pronuncian en el sentido de que en cualquiera que sea el procedimiento, de la separación de las madres y padres hacia sus hijas/os, por el interés superior de las/os mismos/as, cada una de las partes, y en especial este grupo, tienen procesalmente hablando, la

⁷⁷ Este último inciso se completa con la consideración de este Tratado Internacional como una norma “de ejecución inmediata”. La aplicabilidad directa de las normas de la Convención en el ordenamiento español, y en todos los ordenamientos de los Estados partes de la Convención, se produce por tanto, sin necesidad de medidas normativas de desarrollo. En este sentido véase Tilde Longobardo quien, al referirse a la Convención, lo hace en los siguientes términos: “la norma es de inmediata aplicación, luego de su ratificación”. No obstante lo anterior, Joseph Ferrer Ribá pone de manifiesto que el tema de la aplicación directa de la Convención como norma declarativa de derechos directamente exigibles ante los tribunales internos es polémico. Este autor pone de manifiesto que la interpretación de estos preceptos es ambigua, ya que en algunos se reconocen los derechos de los niños y en su mayoría se redactan dirigidos a los Estados Partes.

oportunidad que esta artículo les concede de poder mostrarse parte y comparecer en las audiencias requeridas para tal procedimiento, ya que independientemente de que sean escuchadas/os o no, se les atribuye esta capacidad procesal, independientemente de la edad que posean en ese preciso momento.

En esta misma línea de pensamientos, el artículo 12 manifiesta que pese a que las niñas y niños tienen dificultad de poder darse a entender lo que sienten y quieren, expresar sus opiniones, sus deseos y voluntades, ya sea porque la situación o la compañía no son para ellas/os que les inspire confianza en ese momento, el hecho de que estos no sean maduros, esto no les quita la capacidad jurídica procesal de la que se habló el artículo anterior, ya que esto no les impide el poder comparecer o abstenerse de asistir como parte a una audiencia y poder manifestar de su viva voz qué es lo que quieren para sí, ya sea con su vida, su familia, sus estudios; la creatividad de la niñez a la luz del artículo 13 número 1, salen a relucir en cuanto a que se ponen de manifiesto las diferentes formas de libertad de expresión para poder de esta forma decir lo que en realidad quieren y sienten, púes ya sea de esta forma escribiendo, dibujando, coloreando, es como pueden expresar desde lo más profundo de sus corazones sus deseos, no sólo de ser oídos sino más bien escuchados, púes es de esta forma como piden que se les dé un espacio donde puedan decir de estas diferentes formas en las audiencias lo que quieren en realidad.

2.4.4 Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH).

El Salvador considera la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969, es de importancia para ordenamiento jurídico, es muy esencial al momento de la protección que les brinda a los niños, niñas y adolescentes del país desde el momento en que

fue ratificada el 19 de junio de 1978⁷⁸ entro en vigor todos los lineamientos que esta protege. Ya como lo menciona en su artículo 19⁷⁹ reconoce el principio de protección especial a la niñez vigente en el derecho internacional público prácticamente desde sus orígenes y lo consagra normativamente de modo amplio, con lo que queda reservado a la jurisprudencia el fijar sus alcances en el sistema interamericano de protección de derechos humanos, en cuanto a las medidas de protección que esta toma con el fin de proteger a los niños, niñas y adolescentes por el simple hecho de ser menores de edad en donde se involucran la familia, sociedad y el Estado.

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales; reconociendo que los derechos esenciales no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Tal como lo establece el artículo 24⁸⁰ con relación al principio de igualdad ante la ley y la no discriminación de derechos humanos de la misma que todos seremos iguales ante la ley sin discriminación alguna por ende desde el momento que al niño se le está cometiendo u obstaculizando un derechos él tiene el deber de hacer ejercer ese derecho, y en su artículo 25⁸¹

⁷⁸ Decreto Legislativo número 5 (19 de junio de 1978), publicado en el diario oficial número 113, tomo número 259.

⁷⁹ Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), artículo 19 Derechos del Niño. “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

⁸⁰ Convención Americana sobre los Derechos Humanos (1969), artículo 24. “Igualdad ante la Ley Todas las personas son iguales ante la ley”. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

⁸¹ Convención Americana sobre los Derechos (1969),, op, cit., artículo 25. “Protección Judicial. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la

donde dan el derecho a que el mismo ordenamiento jurídico le brinde las medidas o recursos necesarias de protección si se le está vulnerando un derecho fundamental.

2.4.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

A través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales se consagran los derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida en dignidad y libertad, garantizando cuestiones tan básicas como la seguridad social, la salud, educación, alimentación, el agua, vivienda, un medio ambiente adecuado y la cultura en relación a los niños, niñas y adolescentes, estos son los derechos más fundamentales que poseen desde el momento de su nacimiento, y tal como lo menciona en su artículo 10 en su inciso 3⁸² donde se establece como se debe proteger al niño, niña y adolescente sin discriminación en defensa de la explotación económica y social, al momento que ellos quieran trabajar que se cumplan los parámetros necesarios para que infrinjan con la explotación infantil, prestando una mayor atención a los derechos del niño, en especial, la eliminación del trabajo infantil y en las condiciones de vida de los niños. El espíritu del Pacto es que los Estados tomen medidas para proteger a los niños de la explotación económica y para prohibir y sancionar con el rigor de la ley a las empresas y personas que contraten a las y los niños en ocupaciones peligrosas y dañinas.

ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁸² Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), artículo 10 inc. 3 “Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil”.

2.4.6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

El Salvador, considera al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para desarrollar los Derechos Civiles y Políticos y las libertades recogidas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que vio la luz en el seno de la ONU en diciembre de 1948, fue solamente un primer paso para el reconocimiento de una serie de principios inherentes a la condición humana, es sin duda una valiosa herramienta para luchar contra los abusos que sufre la libertad y otros derechos de las personas, pues específica de forma clara cuándo se cumplen o no los estándares mínimos en la materia.

Como se menciona en su artículo 24⁸³ que la niñez tiene derecho a una protección especial sin discriminación, y a que se le garantice el ejercicio de los derechos contenidos en el presente Pacto. Las medidas de protección especial pueden ser de diversa naturaleza: económica, social o cultural, y deben responder a las necesidades de la niñez como grupo vulnerable y susceptible de violaciones a sus derechos, es así como estas medidas de protección van desde la garantía de alimentos, educación y salud, hasta la protección contra la prostitución, el maltrato y la explotación infantil, incluso la forma como deben responder por la realización de actos contrarios a la ley (calidad de inimputables).

Por ejemplo, todas las personas tienen derecho a la vida, pero para la protección y respeto de este derecho a la niñez, como una protección especial a su condición, el Estado debe buscar los mecanismos para reducir la mortalidad infantil por desnutrición, o protegerlos contra el tráfico de personas, las adopciones ilegales o el trabajo infantil que pueden poner en riesgo su

⁸³ Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos (1966), artículo 24 “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

vida; la obligación de proteger adecuadamente a los niños le corresponde a la familia, pero además a la sociedad y al Estado, pues existen situaciones como la de los niños abandonados o que carecen de familia, lo cual implica la protección Estatal y social.

2.5 Sistema Nacional.

2.5.1 Constitución de la República de El Salvador (CN).

Si bien se sabe que la Carta Magna es la norma fundamental en todo Estado de Derecho, pues se encuentra dotada de Supremacía Constitucional por lo que la convierte en la base de todo ordenamiento jurídico, en su artículo 1 establece que la “persona humana” es el origen y el fin de la actividad del estado reconociendo a su vez en el inciso segundo del mismo artículo reconoce como persona humana a todo ser desde el instante de su concepción lo que da pie para poder hablar de sus derechos y deberes, pues desde el instante mismo de que ésta es concebida, tiene la calidad de persona humana, y en este término se entienden dentro de ellas a las niñas, niños y adolescentes, siendo todas estas, los que aún no han cumplido 18 años de edad. Este artículo es de vital importancia ya que es el génesis para poder investigar a cerca de los derechos que con él le nacen aparejados desde el instante mismo en que es concebido, y por ende cuando nace naturalmente, ya que estos derechos se les hacen efectivos a la niñez y adolescencia sin importar el hecho de que sean pocos o muchos los años que tengan como para que este grupo pueda ser sujeto de las garantías.

El artículo 2 del mismo cuerpo legal, manifiesta que la niñez y adolescencia, como personas sujetas de derechos y deberes, el Estado se encuentra en la obligación de proteger las garantías constitucionales que este artículo consagra, entre ellos el de libertad, no sólo ambulatoria sino que también de asociación, pensamiento y decisión, el de poder manifestar sus deseos y necesidades a través de un sistema judicial y procesal. Con respecto a la garantía de

seguridad, no sólo implica proteger su vida física, sino que es más bien integral, ya que también hace énfasis en proteger su vida por medio de su seguridad jurídica, el derecho a tener acceso a la justicia, al mostrarse propiamente dicho como parte activa en un juicio, por tener algún interés legítimo donde este grupo sean los protagonistas de sus derechos y de poder decidir sobre sus propias vidas como persona sujetos de derechos.

Por su parte el artículo 34 de la Constitución de la República, manifiesta que el grupo de niñas, niños y adolescentes, tienen derecho a desarrollarse y vivir en un país que les permita poder cumplir con todo lo que necesiten para poder subsistir, como por ejemplo un desarrollo integral: Físico, mental, moral, social y espiritual es decir todos los derechos que por ser tales les corresponde sin importar la edad.

Además, el artículo 35 manifiesta que es el Estado el que creará y vetará nuevas Leyes especializadas que regirán no sólo las actuaciones sino que también nuevas garantías para las niñas, niños y adolescentes de El Salvador, y por ende, entes encargados de poder velar por que estos derechos consagrados en estas normativas jurídicas no les sean pisoteados ni vulnerados sino más bien hacerlas positivas para el bienestar suyo, tomando en cuenta la capacidad jurídica que como personas poseen por el simple hecho de serlo según se refiere el artículo 1 de este mismo cuerpo legal.

2.5.2 Leyes Secundarias.

✓ Código de Familia (CF).

A partir de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, el Código de Familia es la primera ley secundaria que trata de hacer que se regulen los derechos, que poseen la niñez salvadoreña, pueda que a lo mejor no explícitamente ya que se ve a la niñez como personas con la capacidad que regula el Código Civil. Pero a pesar de esto, el código de Familia es

pionero en cuanto se refiere a poder regular las relaciones entre padre y madre e hijas/os y lo importante de esto es que se les reconozcan todos sus derechos. Este Código se encuentra vigente desde el año de 1994, y hace alusión a las niñas y niños que aún no cumplen 18 años de edad; con respecto a que tienen derechos pero no pueden ejercerlos por sí mismos, sino que necesitan siempre, por no decir que en todo momento, de alguien que les represente legalmente, que decidan por ellas/os, ya sea su mamá y su papá o en su defecto uno de los dos, quien en ese momento tenga la autoridad parental o quien ejerza la tutela y de no existir estos, lo hará el Procurador General de la República.

Todo lo antes mencionado tiene que ver con el cuidado personal, alimentación, educación y cada uno de los derechos que por ley les asisten según el artículo 203 inciso tercero del Código de Familia, pero en esta disposición legal no se consagra el poder que tiene de decidir por sí mismos, y mucho menos la capacidad jurídica procesal, que les es posible por ser sujetos/as de derecho, pues es un derecho inherente el que se apersonen a una audiencia a que puedan decidir si comparecen o no a la misma, manifestando sus pretensiones.

En el artículo 223 numeral primero encontramos la disposición en este cuerpo legal que exceptúan de la representación a los hijos puesto que hace alusión a la capacidad progresiva que tiene el niño, niña o adolescente con respecto a los actos relativo a derechos de la personalidad especificando que esto se da bajo las condiciones de su madurez para que puedan ejercerlos por sí mismos garantizando así el derecho a ser oídos y demás principios que actúa como una envoltura protectora en lo que respecta al interés superior del mismo.

En el libro quinto, nos remite a la Ley especial siendo esta la LEPINA encargada de los principios, deberes, derechos y garantías referidas a la protección del niño, niña y adolescentes en El Salvador.

✓ **Código Civil (CC).**

El Código Civil en el artículo 1317 establece que toda persona es legalmente capaz; preliminarmente y relacionando el artículo 1 de la Constitución de la República, el Estado Salvadoreño reconoce como persona a todo ser humano desde el momento de la concepción, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia cambia en cierta forma la aplicación legal; el análisis empieza, cuando el mismo artículo literalmente dice: “excepto aquellas que la ley declara incapaces”. En el artículo 1318 del Código Civil la ley declara absolutamente incapaces a los impúberes, cuyos actos no generan ni obligaciones naturales, y otorga una incapacidad relativa a los menores adultos.

Civilmente el artículo 26 define como impúber al varón que no ha cumplido catorce años de edad y a la mujer que no ha cumplido doce años de edad; mientras que menor adulto es el que ha dejado de ser impúber; bajo esta concepción al niño, no le es permitido verlo por sus características propias, sino que su incapacidad se da por lo que le falta para ser adulto; y es bajo esta concepción moderna de infancia, que la Convención sobre los Derechos del Niño, rompe el paradigma de los niños objetos de derecho e iguala los derechos humanos entre los niños y adultos y surge la idea del niño como sujeto pleno de derechos.

En la ley, en el ámbito académico, en el diario vivir y en las características propias de la doctrina de la protección integral, lo que resalta es el niño como sujeto pleno de derechos, pero fuera de ser un discurso, trae como consecuencia, en primer lugar que el niño como sujeto, es titular de derechos y obligaciones; el niño tiene, al igual que el adulto, todos los derechos humanos, se le reconoce el derecho a tener derechos; y con la Convención sobre los Derechos del Niño se igualan los derechos y se comprende que el ejercicio de los derechos humanos es un proceso constante de construcción de ciudadanía.

Recordemos que el Código Civil establece esa incapacidad absoluta y relativa a niños y adolescentes; aunque si es de reconocer que el niño no ha alcanzado la madurez, el desarrollo biológico, social y psicológico para desenvolverse sin ayuda alguna, pero aún frente a esta realidad, la incapacidad, como lo regula la ley, no existe. La incapacidad de derecho es la ineptitud legal para el goce de uno o más derechos, por características propias del sujeto; en el caso de la niñez, por no ser adultos.

✓ **Código Procesal Civil y Mercantil (CPCYM).**

En nuestra Legislación Nacional el Código Procesal Civil y Mercantil en cuanto a la Capacidad Procesal o también llamada capacidad de obrar dentro de la Litis, responde entonces a la pregunta de quién y cómo puede llevar a cabo actos procesales validos dentro de un proceso, susceptibles de engendrar los efectos asignados por Ley, de soportar las cargas y obligaciones derivadas de su tramitación y en su caso de gozar de los derechos también estrictamente procesales surgidos de él. La Capacidad Procesal comporta entonces el ejercicio, no solo la mera titularidad de los actos del proceso; y, su adquisición efectiva, se corresponde en principio con la propia tenencia de la capacidad civil de obrar, de acuerdo a esto se entiende que en el ordenamiento sustantivo es tanto para personas físicas, según el Artículo 59 del Código Procesal Civil y Mercantil, como jurídicas, previstas en el Artículo 60 del mismo código; puesto que, en términos prácticos la actividad procesal se presenta como una faceta más de aquella capacidad civil más genérica. Cuando por el contrario una u otra persona adolece de la falta del pleno ejercicio de dicha capacidad civil, será necesaria la integración también a estos efectos de su capacidad procesal mediante la actuación de un tercero que lo hará a nombre de la parte, mediante lo que se conoce como integración de la capacidad.

El citado artículo 59 del código en cuestión establece que quienes no gocen del pleno ejercicio de sus derechos civiles, ya por razones de su minoría de edad o en virtud de haber sido incapacitados mediante sentencia deberán actuar a través de quien resulte su representante. La designación de este representante, según el Código Civil y Mercantil y el Código de Familia, puede ser: representación legal y representación judicial.

✓ **Código Procesal Penal (CPP).**

Regula procedimientos a seguir en delitos y faltas penales, incluyendo aquellos relacionados con delitos o faltas que afectan a las niñas, niños y adolescentes.

Cuando entró en vigencia el actual Código Procesal Penal en enero de 2011, casi 12 años luego de la ratificación de CDN, es natural que contemple algunas de las garantías que establece para la niñez y adolescencia. Algunas de estas las establece el Art. 106 numeral 10 que introduce novedades en los derechos de la víctima, se establece derechos con diferenciación cuando las víctimas son niños, niñas o adolescentes con el propósito de cumplir con los principios de interés superior, recibir asistencia y apoyo especializado, así como el reconocimiento de su participación en el literal f), entre otros⁸⁴.

Asimismo, el Art. 137 del mismo cuerpo legal, señala que no debe exigirse juramento a los testigos menores de 12 años de edad. En ese mismo sentido, el Art. 305 del citado código,

⁸⁴ Código Procesal Penal, (D.L. 733, D.O. 29, del 30 de enero de 2009). Artículo 106.- “La víctima tendrá derecho.10) Cuando la víctima fuere menor de edad: a) Que en las decisiones que se tomen en el procedimiento se tenga en cuenta su interés superior. b) Que se reconozca su vulnerabilidad durante el proceso. c) A recibir asistencia y apoyo especializado. d) A que se proteja debidamente su intimidad y se apliquen la reserva total o parcial del proceso para evitar la divulgación de información que pueda conducir a su identificación o la de la sus familiares. e) A que se le brinden facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales, ni hostiles y de considerarse necesario por medio de circuito cerrado o videoconferencia; y que se grabe su testimonio para facilitar su reproducción en la vista pública cuando sea necesario y a que no sea interrogado personalmente por el imputado, ni confrontado por él, cuando fuere menor de doce años. f) Ser oída por la autoridad judicial o administrativa antes de adoptar una decisión que le afecte. g) A que se de aviso de inmediato a la fiscalía. h) A que se le designe un procurador a los efectos de asegurar la debida asistencia y apoyo durante el procedimiento, cuando carezca de representante legal o éste tenga interés incompatible con el del menor o cuando sea solicitado por la víctima con discernimiento”.

exige que en caso de declaración de una persona menor de 12 años de edad, deba realizarse como anticipo de prueba, previa evaluación psicológica que acredite que el niño o niña están en condición de rendirlo.

También hay modificaciones en cuanto a la forma del interrogatorio, de acuerdo a lo establecido en el Art. 213 Código Procesal Penal en el sentido que las preguntas serán sencillas y con respeto de la integridad del niño o niña y que los juzgadores tienen el control de este acto procesal que se introduce la utilización de las Cámaras Gessel para la ejecución de estas audiencias, con la debida intermediación judicial.⁸⁵

Estas representativas garantías establecidas en los procesos penales, específicos para la niñez y adolescencia buscan garantizar las condiciones óptimas para que éstos puedan participar de forma activa en los diferentes procesos en los que se puedan ver inmersos. Tal y como también lo establece la LEPINA en su Art. 94, 209, entre otros.

2.5.3 Ley Procesal de Familia (LPF).

Establece la normativa procesal para hacer efectivos los derechos y deberes regulados en el Código de Familia y otras leyes sobre la materia.

En El Salvador entra en vigencia en el año 1994 el Código Procesal de Familia y la Ley Procesal de Familia⁸⁶ que introduce entre los deberes del juez el de oír al menor cuando hubiere cumplido doce años de edad en todos los procesos y diligencias que le afecten, aclarando que antes de dicha edad el juez “tendrá contacto y de ser posible dialogara con él; desarrollando el derecho de todo niño, niña y adolescente de ser escuchado en los procesos regidos por dicha ley. A excepción de lo establecido en el Art. 145 del Código de Familia.

⁸⁵ Alba Evelyn Cortez de Alvarenga (El Salvador: UNICEF, San Salvador, 2009), “*El proceso penal con niñez víctima del delito*”, (p. 48-49)

⁸⁶ LEY PROCESAL DE FAMILIA. D.L. N° 133, del (14 de septiembre de 1994), publicado en el D.O. N° 173, Tomo 324, del 20 de septiembre de 1994.

En el Art. 7 literal j) de la Ley Procesal de Familia, en cuanto al derecho de participación se establece que, el juez debe escuchar personalmente al niño, niña y adolescente, considerando que pueden expresar un juicio propio al respecto en toda cuestión judicial que le interesa personalmente debiendo de acuerdo a la naturaleza del caso a decidir darle a conocer la información para que su manifestación sea pertinente y oportuna.

En el ámbito de los procesos familiares debe escucharles a los niños, niñas y adolescentes cuando haya una cuestión que afecte de forma personal como la decisión de cuidado personal, el régimen de comunicación o ante diferencias en el ejercicio de la autoridad parental, debiendo garantizarse que ejerza ese derecho por sí mismo pero siempre en la forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, cuidando de preservar su intimidad. De igual forma aplica lo anterior para todas aquellas leyes que se aplican en el proceso de familia de forma supletoria, como la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar lo establece en tu Art. 44.

De lo anterior existe jurisprudencia de la Cámara de Familia de la Sección del Centro, que señala que debe garantizarse el derecho de opinión, y se establece de esta forma la participación en el proceso, de toda niña, niño y adolescente, en los asuntos que les afecten, y que cada juzgador deberá valorar esta opinión, atendiendo a la edad y el grado de madurez de quien la emite, se señala en otra sentencia, que debe tenerse en cuenta lo manifestado, lo que los niños expresan no es siempre lo que mejor garantice su interés, debiendo valorar el juez, lo que resulte mejor para la garantía de sus derechos⁸⁷.

En los Procesos de Familia, en lo referente a los menores, el Artículo 94 LPF, en lo relativo a información para la protección establece "En cualquier estado del proceso, si se advirtiere que a un menor se le amenaza o vulnera algún derecho y requiere protección, se

⁸⁷ Cámara de Familia de la Sección del Centro (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, del 28 de agosto de 2007), Sentencia definitiva, Referencia: 82- A-2006.

ordenará las medidas necesarias y, si fuere el caso se dispondrá que el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor las ejecute. También se informará a la Procuraduría Para la Defensa de los Derechos Humanos".

En relación a lo anterior, el Artículo 130 LPF señala expresamente que aspectos comprende las medidas de protección y que son:

- a) La obligación de abstención de todo acto molesto, hostigante, persecutorio, intimidatorio, amenazante o cualquier otro que genere perjuicio físico o psíquico a cualquier miembro de la familia.
- b) Confiar provisionalmente el cuidado personal de los hijos a uno de los cónyuges, a ambos o a un tercero.
- c) La exclusión del hogar familiar del infractor, independientemente de los derechos reales o personales que tenga sobre el mismo.
- d) La obligación alimentaria y la determinación de su cuantía.
- e) La prohibición de ingerir bebidas alcohólicas, enervantes, estupefacientes, alucinógenos o sustancias que generen dependencia física o psíquica.
- f) La prohibición de visitar el hogar familiar y lugares de trabajo o estudio u otros similares que frecuente algún miembro del grupo familiar.
- g) La prohibición de disposición de los bienes que constituyen el menaje familiar y la obligación de restitución de los mismos.
- h) La obligación de cancelar los gastos de mudanzas de la familia, sí a ello hubiere lugar.
- i) La prestación de caución juratoria, obligándose a no incurrir en los mismos hechos.
- j) La asistencia obligatoria a programas educativos o terapéuticos.

Así mismo, en la sección Quinta, que trata sobre los menores, incapaces y personas de la tercera edad, el artículo 144 LPF, nos habla del contenido de la sentencia, que literalmente dice:

"En los procesos que tengan por objeto la protección del menor, el Juez podrá ordenar las medidas de protección y en la sentencia al reconocer el derecho deberá, cuando fuere el caso, además:

- a) Ordenar que cese la amenaza o vulneración del derecho y el restablecimiento del mismo.
- b) Ordenar al infractor que se abstenga de reincidir en su comportamiento.
- c) Ordenar que el grupo familiar cualesquiera de sus miembros asistan a programas de orientación y apoyo socio familiar o médicos si fuere el caso.
- d) Ordenar las medidas necesarias que garanticen el ejercicio del derecho amenazado o vulnerado.
- e) Librar oficios correspondientes a las Instituciones Estatales que deben cumplir o hacer cumplir los derechos que se encuentren vulnerados o amenazados, para que a los responsables se les aplique sanciones de conformidad a las normas respectivas, previniéndoles que deben informar al Juzgado el cumplimiento de dicha orden.
- f) Fijar la cuantía de la indemnización por daños y perjuicios que a favor del menor deba pagar el infractor. La indemnización comprende el resarcimiento del daño moral y material ocasionado.

Culmina diciendo el artículo que también será aplicable en los procesos relacionados con la protección del incapaz y de las personas de la tercera edad, cuando fuere el caso.

2.5.4 Ley contra la Violencia Intrafamiliar (LCVF).

Establece mecanismos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar, regula medidas de rehabilitación, principios rectores y otros conceptos y dentro de sus considerandos encontramos que la constitución de la república en su artículo 32 reconoce a “La familia como base fundamental de la sociedad”. Y el Estado está en la obligación de dictar la legislación necesaria para su protección y crear los organismos y servicios necesarios para su integración.

Por la obligación que tiene el estado se crea La Ley Contra La Violencia Intrafamiliar⁸⁸, el cual es objeto de estudio, por establecer en sus fundamentos que la violencia cometida por o contra alguno de los miembros de la familia, constituye una agresión constante al derecho a la vida libre de temor, a la integridad física, psíquica, moral y sexual de la persona humana y su dignidad y seguridad. Que la violencia intrafamiliar es un fenómeno social complejo, que ha permanecido oculto, lo que ha posibilitado la impunidad del infractor y la desprotección de la víctima. Que para prevenir, sancionar y erradicar la violencia intrafamiliar y enfrentarla en toda su magnitud es conveniente dictar la legislación necesaria y adecuada.

Los fines de la ley contra la violencia intrafamiliar son:

- a) Establecer los mecanismos adecuados para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia intrafamiliar.
- b) Aplicar las medidas preventivas cautelares y de protección necesarias para garantizar la vida, integridad y dignidad de las víctimas de la Violencia intrafamiliar.
- c) Regular las medidas de rehabilitación del agresor.

⁸⁸LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. Decreto Legislativo N° 902, de fecha 28 de noviembre de 1996 y publicado en el Diario Oficial N° 241 tomo N° 333 de fecha 20 de diciembre de 1996.

- d) Proteger de forma especial a las víctimas de violencia en las relaciones de pareja, de niños y niñas, adolescentes, personas adultas mayores y personas discapacitadas. Esta protección especial es necesaria para disminuir la desigualdad de poder que existe entre las personas que constituyen una familia y tomar en cuenta la especial situación de cada una de ellas.

Dentro de sus principios encontramos los siguientes:

- a) Respeto a la vida, a la dignidad e integridad física, psicológica y sexual de la persona.
- b) La igualdad de Derechos del hombre, de la mujer y de los hijos e hijas.
- c) El derecho a una vida digna libre de violencia, en el ámbito público como en el ámbito privado.
- d) La Protección de la Familia y de cada una de las personas que la constituyen.
- e) Los demás principios contenidos en las convenciones y tratados internacionales y legislación de familia vigente.

Tal es el caso de la facultad otorgada concretamente a los niños, niñas y adolescentes la Ley Contra la Violencia Intrafamiliar en el artículo 13 de esta, le da apertura a la intervención del ministerio público por medio de la denuncia interpuesta ya sea por la víctima, familiar, tercero o representante de instituciones.

Así mismo en el artículo 15, el cual es referente a la potestad de denunciar es decir de accionar activamente ante la vulneración de cualquier derecho pudiendo dar aviso a las instancias administrativas y judiciales competentes, los hechos podrán ser denunciados por sus representantes legales, por la víctima o por instituciones asistenciales, sociales y educativas así como cualquier autoridad o personal que tenga conocimientos de los hechos.

Cuando establece: “Cuando la víctima fuere menor de edad, incapaz o discapacitado, los hechos podrán ser denunciados por sus representantes, legales, por la víctima y por las instituciones asistenciales, sociales y educativas, así como cualquier autoridad o persona que tenga conocimiento de los hechos de violencia intrafamiliar.”

2.5.4 Ley Penal Juvenil (LPJ).

Regula los derechos de la persona adolescente, principios rectores y medidas aplicables cuando esta cometiere infracción penal.

La Ley Penal Juvenil⁸⁹ tiene íntima relación con la Capacidad Jurídica Procesal que posee la adolescencia, ya que esta ley no es la excepción, puesto que es un gran avance con su nombre, ya que los sujetos de aplicación, son personas adolescentes jóvenes, pues aún no han cumplido 18 años de edad. Dicha ley entró en vigencia en El Salvador, el día 1 de marzo de 1995, en vista de la misma necesidad que surge de poder garantizar a toda persona sujeta de derechos un desarrollo integral.

La razón de ser de esta ley es regular la conducta constitutiva de delito o falta, pues deberán estar sujetos a un Régimen Jurídico Especial sin dejar a un lado sus derechos fundamentales. Se ha tomado en cuenta que el Código de Menores no respondió a principios emanados de la Constitución de la República, la Legislación Internacional, y sumado a esto, la Ley del Menor Infractor, ya que no cumplió con su cometido al poder regular perfectamente todo lo relacionado con la doctrina de protección integral, debido a esta situación se hizo necesaria emitir la Ley Penal Juvenil, una ley especial que regula e incorpora los elementos necesarios para poder hacer positiva esta ley.

⁸⁹ LEY PENAL JUVENIL: DECRETO N° 863, Diario Oficial N°106, Tomo 323, de fecha 8/06/1994. Vigencia: 1/03/1995.

El Art. 2 establece que dicha ley será aplicada a personas mayores de 12 y menores de 18 años de edad y la LEPINA en su Art. 3 define como adolescentes al ser humano que va de los 12 a los 18 años, por lo que en ese orden de ideas es acertado decir que dicha ley es aplicable únicamente a los adolescentes.

La Ley Penal Juvenil es creada previendo por primera vez, un proceso acusatorio para adolescentes infractores, el cual incluye todas las garantías procesales, entre las cuales, recoge el derecho de ser escuchado en el proceso penal juvenil que se siga en contra del adolescente. Se señala que parte de los derechos y garantías fundamentales es el cumplimiento de las reglas del debido proceso.

En ese orden el Art. 46 determina que todo adolescente al que se le atribuyere autoría o participación en el cometimiento de un ilícito penal, tendrá derecho a ser oído en el ejercicio de su defensa, especificando el Art. 84, que el juez ordenará oír la declaración al menor, con la advertencia de poder abstenerse de hacerlo, lo que corresponde en el ámbito penal de adultos a la declaración indagatoria. Garantías que vendrían a establecer la participación activa, del adolescente en los procesos ya sea como víctima o victimario, cumpliéndose de esta forma, respecto a la opinión de adolescentes infractores.

En observación a todo lo anterior, se establece que todo es conforme al Art. 12 de la CDN el cual implica que todo adolescente a quien se acuse de infringir la ley, tiene el derecho a ser escuchado, debiendo respetarse plenamente en todas las etapas del proceso, debiendo ser informado de los cargos que se le imputan, debiendo crearse un ambiente que facilite la participación dentro del proceso, en función de la edad y madurez del adolescente.

2.5.6 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA).

Las niñas, niños y adolescentes nacen e inician su vida como seres completamente dependientes y sujetos plenos de derechos, constituyéndose como el sector más vulnerable de la sociedad, así como las medidas legislativas que el Estado toma, tienen mayores repercusiones en ellos que sobre cualquier otro grupo de la sociedad, en razón de lo cual se volvió conveniente emitir una Ley que les protegiera de manera integral, ya que es obligación del Estado, brindar la seguridad y certeza jurídica que toda niña, niño y adolescente necesite para su pleno desarrollo.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia⁹⁰, es una ley novedosa en cuanto se refiere a su campo de estudio y aún más de aplicación, ya que va dirigida a un grupo etario de la sociedad salvadoreña. Esta Ley entró en vigencia el día 27 de abril del año 2010 y es una norma especializada que no ve a este grupo etario, como aluden de ellos los Estándares Internacionales comentados, como personas sin ninguna capacidad jurídica como se refieren sobre sí en la legislación secundaria nacional.

El artículo 1, es el que abre la brecha para dejar establecido que la niñez y adolescencia salvadoreña a través de esta ley, es la que les brindará el respectivo cumplimiento, amplio y suficiente en el ejercicio de sus derechos y de sus deberes como tales. Esta es una ley integral en cuanto se refiere a verles como personas tan capaces como cualquier otra, sujetas de derechos, capacidad jurídica procesal para poder mostrarse parte en un juicio y por ende en las audiencias.

Así mismo en el artículo 5, inciso 2 se establece: “Los derechos, garantías y obligaciones reconocidos en la presente Ley son aplicables a toda persona desde el instante de la concepción hasta que cumpla los dieciocho años de edad, y serán ejercidos directamente por las niñas, niños

⁹⁰ LEPINA: DECRETO N° 839, Diario Oficial N° 68, Tomo 383, de fecha 16/04/2009. Vigencia: 15/04/2010.

y adolescentes, tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de su madre y padre y las limitaciones establecidas en la presente Ley.”

El cual es uno de los principios más innovadores de la Convención y se basa en el reconocimiento de la capacidad evolutiva de cada niño, niña y adolescente, en la comprensión de que, con su progresiva maduración y autonomía, el nivel de abstracción, de expresión, de independencia y de pensamiento, se vuelve paulatinamente superior y más complejo.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, reconoce expresamente el derecho de participación en todo lo relacionado a la vida de la niñez y adolescencia, y específicamente en los procesos judiciales y administrativos en el Art. 94 inc. 3, se establece como principal indicador el ejercicio progresivo de sus facultades, establecido en el Art. 9 y 10, para el desarrollo de estos.

La implementación de esta novedosa figura no se limita dentro del cuerpo normativo a su sola mención, sino a los lineamientos que se deben de establecer para su mejor garantía como se establece en el Art. 218, 219, que garantiza la capacidad de representación de sus padres, representantes legales, Procuraduría General de la Republica, Procuraduría Para la Defensa de los Derechos Humanos, y en si la representación jurídica plenamente acreditada. También en los lineamientos de las Juntas de Protección se establece en los artículos 2, 23, y 27 del Reglamento Interno y de Funcionamiento de las Juntas de Protección de la Niñez y Adolescencia (RJP) la nulidad de los actos al no garantizar el derecho de participación.

Lo regulado en el artículo 27 del Reglamento Interno y de Funcionamiento de las Juntas de Protección de la Niñez y Adolescencia (RJP) establece incluso en su inciso último que el incumplimiento de la garantía del derechos de opinar y ser oído que es la acción por la cual el niño o adolescente participa en el proceso, llevara a la nulidad de lo actuado.

Por su parte el art. 50, manifiesta a cerca de los derechos que gracias a esta ley les corresponden como grupo etario, además de la capacidad con la que cuentan de poder defenderse activamente en cuanto a hacer positivos sus derechos, como personas investidas de poder y autoridad, que gracias a la presente ley les es concedida; pues no hace distinción, ya que la niñez y adolescencia salvadoreña, son tan capaces como cualquier otra persona.

El art. 51, hace referencia a que la niñez y adolescencia puedan tener acceso a la justicia, pues de ninguna manera esta será onerosa, sino más bien gratuita para ellos, agregando a esto, la gama de elementos que poseen, ya que se refiere a que es parte de este derecho, la asesoría que debe de brindársele por parte de los operadores de justicia, y sus representantes judiciales en cuanto a la capacidad jurídica procesal que ahora gozan; el derecho de opinar con toda libertad en audiencia, si deciden participar.

El art. 52, versa sobre el derecho que les es inherente con respecto al debido proceso y que además, como personas capaces y sujetas de derechos poseen dentro de este grupo etario, para que se les cumpla, responda y resuelva favorablemente, respetando los plazos determinados de ley que son inamovibles y que pueda ser peyorativo a sus interés legítimos.

Los artículos 92, 93 y 94, hacen énfasis en cuanto se refieren a los derechos que poseen la niñez y adolescencia, de la capacidad que no es física ni evolutiva, sino más bien la de su libertad para poder dirigirse, expresar, pedir, opinar y solicitar sus inquietudes, y por supuesto que sean oídos, de la forma como ellos puedan darse a entender. Los derechos consagrados en estos artículos de petición, expresión, opinar y ser oídos, no debe de confundirse con la capacidad jurídica y procesal que con la creación y la entrada en vigencia de esta ley les es asignada.

Todo lo anterior tiene íntima relación con la Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 13 numeral 1, ya que pone de manifiesto todas las formas de poder darse a entender y de

que se les comprenda a las niñas, niños y adolescentes por sí mismos para hacer saber sus pensamientos, ideas y sentimientos, y en este sentido, todo lo que en realidad quieren para sí al momento de la celebración de las audiencias.

Esta ley les concede la facultad y la capacidad de poder asistir a audiencia, bien desistir de ella o participar en la misma, según lo disponen los artículos 218 y 219, puesto que es un garante que pueden hacer positivo cuando así lo quieran, pues les asiste y les protege para que se garanticen sus derechos. En base a esto, dejó de ser razón suficiente para que sus padres decidieran sobre ellos, y aunado a esto, se desechó consigo la tesis del adulto centrismo, el hecho de que la niñez y adolescencia de El Salvador, pudieran ser tan capaces y tan sujetos de derechos; el tabú de que carecían rotundamente de capacidad jurídica procesal, el que antes no era posible comparecer a audiencia como una persona con tal derecho, porque las leyes no se los permitían, el hecho de que rotundamente eran invisibilizados, pero gracias a esta ley y en especial atención a estos artículos comentados se pretende que la capacidad progresiva, como tal sea reconocidamente notoria desde cualquier aspecto jurídico.

El artículo 223 pone de manifiesto que, por no seguir los lineamientos de ley, la invalidez que acarrea y la nulidad absoluta que conlleva el proceso mismo por no ser oídos, ya que se les está coartando uno de sus principales derechos y objetivos de esta ley especializada, pues sus garantías como tales deben de ser respetadas, independientemente de la capacidad procesal que poseen como personas sujetas de derechos en atención. La LEPINA, no sólo regula y vela por los derechos y deberes de los niños, niñas y adolescentes, sino que también tiene un sistema de protección Integral, una garantía para el interés superior, pues engloba muchos factores, tales como:

La intervención por parte del Estado para con la vigilancia y cuidado de la niñez y adolescencia; la familia, el hecho de procurar y hacer énfasis de que ellos vivan en familia; el crear escuela para padres de familia para que las relaciones entre estos sean viables dentro del hogar; la sociedad por su parte, debe de asumir un papel de aceptación en cuanto a que este grupo etario ahora son tratados no como personas incapaces, sino más bien sujetas de derechos; y lo más relevante, la atribución de la capacidad progresiva y jurídica procesal, eliminando la incapacidad civil, dotando de certeza jurídica con la regulación de esta novedosa ley y las atribuciones de personas sujetas de derechos.

También se les brinda todas las posibilidades que no se les daba con los demás Estándares Internacionales, Leyes y Códigos que ya se mencionaron anteriormente; pues esta es una ley dirigida para que sean todas/os de protagonismo como tales Niña, Niño y Adolescente, pues no se engloban los términos entre sí, sino que más bien, les separa como tales, atribuyéndoles y realzando que ahora con esta ley, son personas completamente capaces en el actuar judicial y procesal, gracias a que la doctrina de la situación irregular o modelo tutelar y el adulto centrismo, se rompieron con las nuevas disposiciones de esta ley.

- **CASO PRÁCTICO.**

- a) **Nombre del caso:** Resolución de Habeas Corpus **209-2020** con fecha 29 de abril de 2020.
- b) **Doctrina invocada:** Consideramos que a este caso se aplica la Doctrina de la Protección Integral, en vista que de ella se crean o implementan las acciones, políticas y programas que se ejercen por medio del Estado para garantizar la protección en el seno familiar y así proteger a los niños, niñas y adolescentes de manera efectiva y sin discriminación de sus derechos humanos, los cuales son el derecho a la supervivencia, desarrollo y

participación. Y dado el caso a la niña A.A. exige un estado jurídico de plena participación y titularidad de todos los derechos fundamentales que le corresponden, con el derecho a la participación se le reconoce el derecho a la libertad de expresión e información, que incluye expresarse de manera libre, recibir información para exigir el derecho invocado. Así mismo el derecho de opinión, que le permite expresarse en los asuntos de su interés incluyendo los asuntos administrativos y judiciales.

- c) **Disposiciones invocadas:** Los artículos 5 y 6 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA) los cuales establecen que todas las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos y que dicha ley se aplica a nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio del país.

El art. 10 regula el principio de ejercicio progresivo de las facultades y señala que los derechos y garantías reconocidos a aquellos serán ejercidos por estos de manera progresiva tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de sus padres o de quien ejerza la representación legal, y de las disposiciones establecidas en la misma ley.

El art. 11 que reconoce el principio de igualdad, no discriminación y equidad, afirmando que todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y que no puede justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en criterios discriminatorios o condiciones de ellos, de sus padres o de sus representantes que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales.

El art. 51 que establece el derecho de acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes comprendiendo, entre otros aspectos, asesoría y atención especializada en

materia de protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia y, también, atención prioritaria tanto en sede judicial como en las instituciones auxiliares de la administración de justicia, sedes policiales y administrativas (letras a y b).

El art. 92 inciso 1° contempla el derecho a presentar y dirigir peticiones por sí mismos ante cualquier autoridad legalmente constituida y a obtener respuesta oportuna y congruente.

El art. 220 hace alusión a las instituciones de Ministerio Público encargadas de representarla judicialmente en la defensa de sus derechos, en este caso debido a que su madre no podía representarla o velar por la debida asistencia de su interés superior, rol que desempeño la Procuraduría General de la República.

- d) **Cuadro factico:** El presente proceso constitucional de hábeas corpus ha sido promovido por la niña A.A., a favor de la señora A.B. procesada por los delitos de daños y lesiones graves, en contra del Juez de Primera Instancia de San Sebastián. La solicitante refiere que el Juez de Primera Instancia de San Sebastián no ha celebrado audiencia especial para conciliar en el proceso de la señora A.B., debido a que dicha sede judicial se encuentra cerrada. Expone la peticionaria que los delitos que se le atribuyen a la imputada no son graves, que se presentaron arraigos y se encuentra mal de salud; también manifiesta que, además de ella, la procesada tiene dos hijos de 8 y 2 años de edad y no obstante ello la señora A.B. se encuentra privada de libertad en las bartolinas policiales de San Vicente. Teniendo de esta manera los riesgos que puede generar el COVID-19 en personas que se encuentran en bartolinas policiales, sus arraigos y su condición de mujer encargada del cuidado de tres niños menores de edad, por la situación actual que se vive en el país a raíz de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, el

tiempo que dure este proceso constitucional puede afectar irremediablemente los derechos fundamentales de la privada de libertad.

- e) **Análisis crítico y jurídico:** En base a lo expuesto anteriormente, tomando en cuenta los artículos 11 y 12 de la Constitución de la Republica de El Salvador, porque se le vulnero el derecho a la libertad ambulatoria, puesto que no tuvo el debido proceso conforme a las leyes, en juicio público en el que se le hagan valer todos sus derechos y garantías, razón por la cual según el art. 18 CN se faculto a la niña A.A. realizar su respectiva petición “Habeas Corpus” a favor de su madre A.B. ante la autoridad correspondiente.

Debido a que la petición de hábeas corpus en este caso fue realizada por una niña de 10 años, es necesario hacer énfasis en la importancia de que las autoridades judiciales, policiales y administrativas en general, garanticen la protección de los niños, niñas y adolescentes (NNA) en el momento en que estos acudan ante sus instancias, incluso sin el acompañamiento de un adulto, a solicitar la tutela de sus derechos, cuando consideran que le han sido vulnerados.

A su vez, se debe brindar a los NNA la posibilidad de ser escuchados, a participar activamente en las diferentes fases de los procesos judiciales y administrativas y a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que les afecte, todo esto en función de su edad y madurez, es decir, según su capacidad progresiva y asegurar el asesoramiento preferentemente de un profesional del Derecho, de conformidad con los artículos 5, 6, 10, 51 letras a y b, 92 inciso 1° y 220 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA).

También es indispensable reiterar que, de conformidad con el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 12 de la LEPINA, las decisiones que emitan las

autoridades deberán estar orientadas a resguardar el interés superior de los NNA, a fin de asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías.

CAPITULO III.

PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS DE INVESTIGACIÓN DE CAMPO.

En este capítulo se exponen los resultados de la investigación y se alcanzan a través de la acumulación de cifras y averiguación a través de las entrevistas de información que son indispensables para la investigación, y después se examinan la información que ayuda para tener una considerable expectativa y un abundante entendimiento del tema de estudio.

3.1 RESULTADO DE LAS ENTREVISTAS NO ESTRUCTURADAS.

CUADRO 1.

ENTREVISTA DIRIGIDA AL LICENCIADO JOSÉ MARVIN MAGAÑA AVILEZ, JUEZ DEL JUZGADO ESPECIALIZADO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

PREGUNTA 1.	¿Qué es la capacidad progresiva, con la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia?	
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL	
El ejercicio progresivo de las facultades es un principio rector regulatorio en el artículo 10 de la LEPINA, y es aquel que permite que los derechos y garantías que se le reconocen a las niñas, niños y adolescentes sean ejercidos por ellos tomando en cuenta el desarrollo evolutivo de sus facultades, contando con la dirección y orientación apropiado de sus padres o de su representante legal.	Dirección y orientación de los padres.	
ANÁLISIS: La capacidad que tiene el niño, niña y adolescente para poder ejercer por sí mismo cuando están siendo vulnerados los derechos y garantías, ya puede ser por medio de un representa legal y por sus padres. Tomando en cuenta el desarrollo		

evolutivo de ellos debiendo adoptar medidas necesarias para la protección de los niños, niñas y adolescentes.	
<p>SINTESIS: Al implementar este principio del ejercicio progresivo de las facultades estamos dando la oportunidad al niño, niña y adolescente para que pueda hacer ejercer sus derechos por sí mismo cuando estén siendo violados.</p>	
PREGUNTA 2.	¿Qué opina sobre el derecho de participación y el principio del ejercicio progresivo de las facultades que poseen los niños, niñas y adolescentes?
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
Que son medidas que la LEPINA otorga a las niñas, niños y adolescentes para el desarrollo pleno de su personalidad, y garantizar que los mismos sean escuchados y que su opinión sea valorada.	Desarrollo pleno de su personalidad.
<p>ANALISIS: Por medio de esta medida el niño, niña y adolescente puede tener el pleno desarrollo de sus facultades y poder hacer ejercer sus derechos ya sea por medio de las instituciones encargadas de protegerlos, por sus padres o por medio de un tutor.</p>	
<p>SINTESIS: La LEPINA da las herramientas necesarias para que el niño, niña y adolescente pueda ejercer el pleno uso de sus derechos y garantías.</p>	
PREGUNTA 3.	¿En qué consiste el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes?
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
Consiste en una serie de derechos, los cuales la niña, niño y adolescente ejerce de manera activa, esto incluye el derecho de petición, derecho a la libertad de expresión, derecho a opinar y ser oído, derecho al acceso a la información.	Derecho de petición, a la libertad de expresión, de opinar y ser oído y derecho al acceso a la información.

<p>ANÁLISIS: Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser escuchados y tomados en cuenta en los asuntos de su interés, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, también tienen derecho a participar, a ser escuchados y tomados en cuenta en todos los procesos judiciales y de procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan.</p>	
<p>SÍNTESIS: Las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligados a disponer e implementar los mecanismos que garanticen la participación permanente y activa de niños, niñas y adolescentes en las decisiones que se toman en los ámbitos familiar, escolar, social, comunitario o cualquier otro en el que se desarrollen.</p>	
<p>PREGUNTA 4.</p>	<p>¿Considera que en el porcentaje o el número de expedientes existenciales hasta el día de hoy, se ha aplicado efectivamente la capacidad progresiva?</p>
<p>RESPUESTA</p>	<p>CONCEPTO FUNDAMENTAL</p>
<p>Si, esto en razón de que en cada diligencia o proceso se ha informado a los NNA sobre su situación legal de forma actualizada y se valora su opinión y participación activa en los procesos.</p>	<p>Valor de la Opinión y Participación Activa de los NNA.</p>
<p>ANÁLISIS: Con la LEPINA se hace un cambio fundamental en la manera como históricamente hemos visto a la niñez y la adolescencia, al pasar de una visión proteccionista y asistencialista a un nuevo marco de derechos donde todas y todos ellos tienen la capacidad para expresarse, tomar parte, decidir y actuar conforme a su nivel de desarrollo en los temas y asuntos que les afectan y conciernen.</p>	
<p>SÍNTESIS: Con este cambio histórico se reconoce el derecho de que niños, niñas y adolescentes participen de manera activa en todos los procesos donde sus derechos se vean involucrados, por lo que es necesario de que las instituciones públicas, empresas, sociedad civil y población en general, generen más y mejores mecanismos de participación que promuevan la expresión de sus puntos de vista.</p>	

PREGUNTA 5.	¿Cómo incide el interés superior del niño, niña y adolescente en los procesos tanto administrativos como judiciales?	
RESPUESTA		CONCEPTO FUNDAMENTAL
Es un principio de obligatorio cumplimiento en cuanto asegurar el desarrollo integral de los NNA, así como el ejercicio pleno de sus derechos y garantías en todo proceso, observando la triple dimensión del interés superior.		Triple Dimensión del Interés Superior del NNA.
ANÁLISIS: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad.		
SÍNTESIS: Para garantizar el bienestar de los NNA es necesario un sistema nacional incluyente que disponga de la cooperación del Estado, las familias y la sociedad en general teniendo en cuenta la obligación de todos ellos de propiciar un entorno digno y sano para generar un óptimo desarrollo de las capacidades de los niños a medida vayan creciendo y desenvolviéndose.		
PREGUNTA 6.	¿Qué acciones o actos puede el niño o adolescente ejercer por sí mismo en base al desarrollo progresivo y derecho de ser escuchado para tomar en cuenta su opinión en la decisión que se tiene en la causa?	
RESPUESTA		CONCEPTO FUNDAMENTAL
El NNA tiene derecho a opinar y siempre esta opinión es valorada y tomada en cuenta en todos los procesos o diligencias cuya decisión que se tome le concierne directamente.		Opinión Valorada.

ANÁLISIS: El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez debe tener siempre como consideración primordial en la resolución del asunto sometido a su conocimiento, puesto que en cualquier área existe una protección integral del NNA por lo que su bienestar es una de las directrices por las que el juez debe resolver.

SÍNTESIS: Se garantiza a las niñas, niños y adolescentes el ejercicio personal de este derecho, especialmente en los procedimientos administrativos o procesos judiciales que puedan afectar sus derechos e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior.

CUADRO 2.

ENTREVISTA DIRIGIDA AL LICENCIADO SAUL ALBERTO ZÚNIGA, JUEZ DEL JUZGADO SEGUNDO DE FAMILIA DE LA CIUDAD DE SAN MIGUEL.

PREGUNTA 1.	¿Cuáles son los nuevos mecanismos para garantizar la participación de la niñez y adolescencia en el Juzgado de Familia?
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
El ejercicio que nosotros venimos trabajando, pienso yo que es, el cómo adecuar el código de la legislación familiar a la doctrina de la protección integral, ese es el ejercicio. Aquí lo que tenemos que hacer es a partir de esa construcción, de esa normativa de la niñez y adolescencia, la LEPINA, la Convención de los Derechos del Niño y distintos instrumentos internacionales como adaptarnos a la legislación familiar. Suele ser complicado porque algunas veces uno dice, como puede ser posible que los niños participen en un proceso de Divorcio, en el	Doctrina de la Protección Integral.

cuidado personal, que participen en los alimentos; porque en la LEPINA dice una cosa y en materia de Familia dice otra cosa, entonces lo que hacemos es de alguna forma aplicar aquello a la legislación familiar. Por ejemplo el Código de Familia en el art. 217 dice que el padre tiene derecho a relacionarse con sus hijos, con los abuelos; pero la LEPINA no, dice que es el niño es el que tiene derecho a relacionarse con el padre y con su madre, entonces como es que funciona y así por un lado tenemos que la LEPINA parte desde el niño con sus derechos y en Familia partimos desde el adulto, entonces lo que hacemos es una simbiosis, pero lo que prevalece es el Interés de él, porque incluso el Código de Familia le dice que si la relación del padre y madre es perjudicial para el niño, no se le da; ósea que la piedra angular ahí es el niño. Y esto es porque la Doctrina de la protección parte de los derechos del niño, a no ser maltratado, a que se le garanticen todos sus derechos.

ANÁLISIS: El marco de los Derechos Humanos sobre los cuales está asentado el fundamento de un sistema de igualdad y justicia social para las personas, permite aproximarnos a la protección integral de los niños, niñas y adolescentes. Entendida así, la Protección Integral tiene su fundamento en los principios universales de dignidad, equidad y justicia social, y con los principios particulares de no discriminación, prioridad absoluta, interés superior del niño, solidaridad y participación.

SÍNTESIS: Con la doctrina de la protección integral, la niñez y adolescencia se beneficia con nuevos mecanismos que anteriormente no se manejaban, instaurando la Ley de Protección Especial Integral de la Niñez y la Adolescencia en el país, permitiendo así ubicar las claras diferencias que existen entre las políticas públicas universales destinadas a generar condiciones sociales, económicas, culturales y de otra índole para la satisfacción de los derechos colectivos y difusos de todos los niños, niñas y adolescentes, con las políticas especiales destinadas básicamente a atender

determinadas circunstancias que provocan situaciones de vulnerabilidad a grupos también determinados de niños, niñas y adolescentes y siempre partiendo de la realidad.	
PREGUNTA 2.	¿Cuál es el rol del representante legal o judicial del niño, niña y adolescente en los procesos?
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
La misma observación general sobre los derechos del niño, así mismo el artículo 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dice que el rol principal del representante legal o judicial del niño, es de acompañamiento, es de acompañar al niño para que este pueda ejercer sus derechos, teniendo como facultad la dirección y orientación apropiada para que el niño ejerza los derechos reconocidos desde la Convención. Entre estos derechos están, el derecho a alimentos, derecho de cuidado, derecho a opinión.	Que el NNA puedan ejercer sus derechos.
ANÁLISIS: Con la figura de un representante Legal o judicial, se logra cortar algunas de las principales proyecciones que se tienen sobre las figuras de representación, de manera tal que se asegura así el absoluto respeto a los derechos que tienen los NNA de contar con una representación que garantice el pleno ejercicio de sus derechos en los procedimientos administrativos y judiciales en los que participan.	
SÍNTESIS: La Convención sobre los Derechos del Niño establece los derechos que es preciso convertir en realidad para que los niños puedan desarrollar todo su potencial, también ofrece una visión del niño como individuo y como miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades apropiados para su edad y su etapa de desarrollo, al reconocer los derechos de la infancia de esta manera se concibe al niño como un ser integral.	
PREGUNTA 3.	¿Considera que en el porcentaje o el número de expedientes que existen hasta el día de hoy, se ha aplicado efectivamente la capacidad progresiva?

RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
<p>No es tan fácil decir que se aplique el ejercicio de la capacidad progresiva, porque nosotros tenemos una construcción mental, que a pesar de que constantemente se esté educando para eso y se ha recibido capacitación, entrenamiento sobre estos temas, siempre hay una resistencia nuestra y es porque hemos sido educados tal vez por una concepción civilista y no como una concepción más adecuada, porque se entiende que en materia de familia, materia de niñez no le damos total cumplimiento a esto; porque es bien complicado, en la misma opinión consultiva dice que al niño incluso se le tendrían que notificar las resoluciones.</p>	<p>Entrenamiento y capacitación sobre el tema de la capacidad progresiva.</p>
<p>ANÁLISIS: Sin perder el valor de la Convención sobre los Derechos del Niño, el que en su normativa, reconoce la dignidad del niño y adolescente, como persona, y por lo tanto de sus derechos inalienables; de esto deviene en la obligación asumida por los estados partes en dar una respuesta jurídica y social que se traduzca en la construcción de normas fundadas a la luz de ese cambio de paradigma originado, para cambiar la concepción civilista que se trae desde siempre y así reconocer a los niños y adolescentes como verdaderos sujetos de derechos.</p>	
<p>SÍNTESIS: El derecho a la participación implica que, sin perjuicio del sistema, se incluya al niño en la toma de decisiones, permitiéndole intervenir en las cuestiones que lo afectan. Sobre tales ideas se deben encontrar los mecanismos y espacios necesarios para que al niño se le garantice este derecho, de este modo debe reconocerse que el niño y el adolescente, se encuentra en una etapa particular de su vida, por encontrarse en un proceso propio de su desarrollo, por lo cual debe de preservarse en su integridad, en salvaguardar no solo de sus propios y actuales derechos, sino de los intereses de la comunidad que ellos deben formar y participar.</p>	

PREGUNTA 4.	¿Cómo incide el interés superior del niño, niña y adolescente en los procesos tanto administrativos como judiciales?	
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL	
<p>Lo que dice la Convención sobre los Derechos del Niño y lo que dice la LEPINA es que en todo lo que le afecte al niño, va prevalecer el principio del interés superior, ósea que en cualquier decisión que se tome, tiene que ser en interés superior del niño, esa es la incidencia que él tiene, ósea que de eso no nos podemos apartar, ese es el punto, no podemos separarnos de eso porque la ley ya nos lo dice. El interés superior es el que prevalece, claro, no es tan fácil, algunos dicen que no debería de ser así porque hay otros derechos y con el derecho del adulto, que pasará; entonces chocan el interés del adulto con el interés del niño.</p>	<p>Importancia del interés superior del niño.</p>	
<p>ANÁLISIS: El interés superior del niño adquiere consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños, desempeñando la función de guía para la interpretación del resto del articulado que se detalla en la Convención. Por consiguiente, al adoptar el tratado implicó aceptar que las decisiones y acciones estatales sean regidas por el interés superior del niño. Sin embargo, el interés superior del niño es probablemente el principio más enigmático, tanto respecto de su conceptualización como de sus implicancias en la práctica. Las persistentes discusiones entabladas con el fin de lograr mayor precisión dan cuenta de la falta de acuerdo predominante, debido al choque de intereses que se dan entre el adulto y los NNA.</p>		
<p>SÍNTESIS: 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. Por eso el interés superior del niño se constituyó en un elemento determinante para la protección de la infancia.</p>		

PREGUNTA 5.	¿Qué actos puede realizar el niño, niña o adolescente por su cuenta, en uso del derecho de la capacidad progresiva?	
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL	
La Convención establece que depende de la madurez y la edad que presente, él puede ir ejerciendo actos, pero depende de cada caso, la LEPINA dice que él puede nombrar un apoderado a los 14 años, da una edad, pero también dice que para una pérdida o suspensión no.	El NNA va poder actuar dependiendo de la edad y madurez.	
<p>ANÁLISIS: La capacidad de los menores se desenvuelve hoy bajo la idea de progresividad y ya no supone fraccionamientos temporales que conducen a compartimientos cerrados y sucesivos (incapacidad-capacidad: una persona es incapaz hasta la noche anterior a cumplir 18 años y al día siguiente es plenamente capaz). Por el contrario, la capacidad se mide para la mayor parte de los actos, en función de la edad, la madurez y el discernimiento suficiente. La edad no mide el desarrollo físico y psíquico del menor sino que solo sirve como punto de aproximación y debe necesariamente complementarse con la valoración de sus condiciones de madurez y su aptitud suficiente para determinar su capacidad para ejercer cada acto.</p>		
<p>SÍNTESIS: La capacidad para que un NNA actúe, va depender de las condiciones de madurez efectivas de cada sujeto que va adquiriendo progresivamente hasta alcanzar la mayoría de edad donde se adquiere la plena capacidad. Durante la minoría de edad la ley distingue edades jurídicamente relevantes en las que se confiere a la persona, aun siendo menor, capacidad para realizar actos relativos a su persona. Entendida como la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, la capacidad tiene que ver con la facultad con que el derecho inviste a la persona humana para desarrollarse y actuar. Sobre ella se asientan todas las relaciones personales, sociales, económicas y jurídicas que es capaz de generar el ser humano en sociedad.</p>		
PREGUNTA 6.	Según su criterio ¿Se le debe permitir a los NNA opinar o participar de alguna forma en los procesos?	

RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
<p>No se le debe, es decir, que en los procesos es un deber permitir la participación, siempre y cuando el niño, niña y adolescente en atención a su madurez pueda actuar. El Estado suscribe, en base al art. 2 de la Convención de los Derechos de Niño y por eso está obligado a cumplirse, y no es que se va a decir que quiero o no quiero, el mismo artículo dice que será en todo proceso judicial o administrativo, no dice solo Familiar o solo LEPINA. Entonces cuando se dice judicial es de ver el tipo de proceso que es, porque el NNA va participar en toda aquella decisión que le afecte a él, ya sea en Medio Ambiente, en Civil, en Penal, o ya sea en Familiar tendría que dársele la oportunidad de participar. Todo esto siguiendo lo estipulado en el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño y la Observación General número dos del Comité de los Derechos del Niño.</p>	<p>Derecho a opinar y participar.</p>
<p>ANÁLISIS: La mención que hace el Artículo 12 de “todos los asuntos” demuestra que el derecho a la participación no se limita a las cuestiones tratadas explícitamente en la Convención, sino que se debe aplicar en todas las cuestiones, siempre que sean de particular interés para el niño o puedan afectar su vida, ya sea en la familia, la escuela o la comunidad. La puesta en práctica de los dos párrafos del Artículo 12 exige que se respeten las disposiciones en defensa del derecho del niño a participar en el ámbito informal de la vida familiar, en el cuidado alternativo de niños privados de su ambiente familiar, en las escuelas para niños y en la vida de la comunidad, como asimismo, específicamente, en todos los procedimientos formales judiciales y administrativos que tienen que ver con el niño. El niño tiene el derecho de expresar su opinión libremente. Por lo tanto, no debe sufrir ningún tipo de presión, imposición o influencia que impida dicha expresión, o incluso que la exija.</p>	

SÍNTESIS: Los derechos estipulados como principio en la Convención, se refieren a la participación en la toma de decisiones, rara vez sucederá que la voz del niño sea la única que se tenga en cuenta para determinar cuál es su “interés superior”, la Convención no dice que la opinión del niño debe prevalecer siempre, o que se le debe aprobar automáticamente. Por todo esto, es importante contemplar diferentes maneras de promover y garantizar la participación en función de la edad del niño y, dentro de cada grupo de edad, según la capacidad, confianza y experiencia de cada niño para evaluar su propia situación, considerar cuáles son las opciones posibles, manifestar su opinión respecto a las mismas e influir en los procesos de toma de decisiones.

CUADRO 3.

ENTREVISTA DIRIGIDA A LA LICENCIADA BELLA ARELY SEGOVIA LIZAMA PSICOLOGA DEL CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA (CONNA).

PREGUNTA 1.	¿Cuáles son los factores (económicos, sociales, culturales, entre otros.) que hacen efectivo el ejercicio de los derechos sociales de los adolescentes?
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
Dado que los derechos son inherentes a los NNA desde su concepción, por ende todo NNA tiene la libertad y derecho de gozar de libre acceso y de formar parte de todas las áreas de la sociedad, afín de desarrollarse de manera integral; es por ello que la LEPINA, viene a regular y le define funciones a la familia, al estado y a la sociedad para que todo NNA tenga acceso y se le cumplan cada uno de sus derechos en los ámbitos social, familiar, económico, en salud, cultural, en su medio ambiente y demás áreas.	Libertad.

<p>ANÁLISIS: Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo y por cualquier medio y estos derechos son normas de carácter inalienable e irrenunciable por lo que ninguna persona puede vulnerarlos o desconocerlos bajo ninguna circunstancia.</p>	
<p>SÍNTESIS: Todos los derechos son inherentes a los niños desde el instante de su concepción tal como lo regula nuestra Constitución en su Artículo 1 inciso 2º, “Se reconoce a la persona humana a todo ser humano desde el instante de su concepción” por ende los NNA tienen derecho a desarrollarse libremente y de manera integral garantizando el goce de todo los demás derechos fundamentales que se establecen y tanto la familia, el Estado como la sociedad están obligados a respetar y a cumplir.</p>	
<p>PREGUNTA 2.</p>	<p>¿Cuáles son los derechos que se les reconocen a los niños, niñas y adolescentes</p>
<p>RESPUESTA</p>	<p>CONCEPTO FUNDAMENTAL</p>
<p>En general, la LEPINA viene a reconocer todos los derechos que cada NNA tiene en las diferentes áreas desde su niñez hasta la adultez, pero muchas veces influyen las circunstancias de cada entorno y medio social dónde crece y se desarrolla el NNA para que se límite u obstaculice el cumplimiento de algunos derechos, sin embargo la LEPINA obliga a la familia, estado y sociedad a que los NNA gocen de cada uno de sus derechos de manera obligatoria, de lo contrario le corresponde al estado el crear las condiciones para que dichos derecho sean garantizados de manera integral y obligatoria en los casos que sean las familias o la sociedad que les vulnere.</p>	<p>Obligatoriedad en el cumplimiento de derechos de los NNA.</p>
<p>ANÁLISIS: La LEPINA es una norma de carácter especial que recoge derechos, principios, políticas y garantías para proteger de manera integral a los niños, niñas y adolescentes así como directrices para las instituciones encargadas de velar por el</p>	

<p>bienestar de los niños ejecutando proyectos y programas que generen un cambio en la visión del niño y hacer que este tenga un papel más activo en la prevención y defensa de sus derechos y que su entorno sea el adecuado para el desarrollo evolutivo de sus facultades es por ellos que esta ley como toda la normativa en derechos de la niñez y adolescencia son de obligatoriedad para todos sin distinciones de ningún tipo.</p>	
<p>SÍNTESIS: La LEPINA reconoce y establece todos los derechos que tiene cada NNA tomando en cuenta las circunstancias que influyen en su entorno y medio social dónde crece y se desarrolla, para así lograr garantizar el cumplimiento efectivo de Derechos obligando a la familia, estado y sociedad a que los NNA gocen de cada uno de esos Derechos de manera obligatoria, así como también crear las condiciones necesarias para que dichos derecho sean garantizados de manera integral y en un ambiente que propicie el sano desenvolvimiento de los niños y evitar en la medida posible la vulneración de sus derechos.</p>	
<p>PREGUNTA 3.</p>	<p>¿Qué situaciones cotidianas son percibidas por los niños, niñas y adolescentes como vulneradoras de sus derechos?</p>
<p>RESPUESTA</p>	<p>CONCEPTO FUNDAMENTAL</p>
<p>Dentro de las más comunes se identifican: la discriminación, el abandono, descuido y/o negligencia, la mendicidad, el trabajo infantil, la violencia física, psicológica, sexual, el negársele el acceso a la educación, a la salud, a crecer con su familia, a la recreación, violación a su privacidad y generalmente a su libre expresión, entre otros.</p>	<p>Negligencia.</p>
<p>ANÁLISIS: En la observación general número 1 se reconoce un apartado referente a los niños en situaciones de violencia y recalca lo establecido en la Convención sobre el derecho del niño a estar protegido de todas las formas de violencia sin discriminación de ningún tipo, y se establece la responsabilidad de los Estados parte a garantizar tales derechos, y para ello se es necesario la opinión de los niños en aspectos de prevención,</p>	

presentación de informes y vigilancia de la violencia en contra de los niños , niñas y adolescentes.	
<p>SÍNTESIS: Existen muchas vulneraciones de Derechos hacia los niños pero las más comunes o las que más cotidianas se vuelven aquellas que la familia, El estado y la sociedad son garantes de proteger, como aquellos derechos que engloban la dignidad de cada NNA y que en situaciones son los más vulnerados por la violencia que ya sea física, psicológica o sexual dejan una evidencia marcada en el desarrollo de la capacidad progresiva de los niños generando un daño masivo en la vida de los niños, niñas y adolescentes.</p>	
PREGUNTA 4.	¿En qué espacios o escenarios aprenden más sobre sus derechos?
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
En la escuela, en instituciones del estado cuando intervienen a través de programas por ONG, en la familia, en campañas de promoción y de sensibilización de derechos ejecutadas por instituciones gubernamentales y no gubernamentales, en medio publicitarios y redes sociales utilizados por dichas entidades y en procesos administrativos y judiciales llevados a favor de NNA y sus familias.	Derechos ejecutados.
<p>ANÁLISIS: según nuestra legislación los Derechos de los niño, niña y adolescentes los aprende por medio de talleres que les enseñanza cual es la importancia de ellos, y así por comprender un poco más para que no se les vulneren.</p>	
<p>SÍNTESIS: Es de suma importancia ya que con el conocimiento de sus derechos atrás de las distintas instituciones que a los niños, niñas y adolescentes protegen estos pueden hacer vales sus derechos frente a los procesos donde se ven involucrados.</p>	
PREGUNTA 5.	¿Qué avance supone dentro de un núcleo familiar social que las niñas, niños y adolescentes ejerzan directamente sus capacidades legales ante una autoridad judicial?

RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
<p>Los avances son significativos ya que dentro de la LEPINA se encuentra el derecho a la participación del Título IV, capítulo único, que incluye el derecho a opinar y a ser oído, (art.94 LEPINA) en el cual todo NNA tiene derecho a opinar y a ser escuchado ante cualquier autoridad e institución del estado según su desarrollo evolutivo, por lo que es obligación de estado generar mecanismos para escuchar a los NNA en el ámbito público o privado, además de que cada NNA debe de tener el respaldo de dichas instancias en ser protegidos y defendidos en los diferentes ámbitos por ellas.</p>	<p>Participación del niño, niña y adolescente.</p>
<p>ANÁLISIS: En la más amplia perspectiva de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, se hace necesario que el niño, niña o adolescente, sea considerado parte procesal y, por tanto, tener la posibilidad de defensa técnica cada vez que sea necesario, incluso frente a los “intereses” que mueven las pasiones de los adultos en el proceso.</p>	
<p>SÍNTESIS: El carácter progresivo del ejercicio de los derechos no impide en nada que los sujetos niños, niñas o adolescentes sean parte procesal, pues tratándose de su protección son sujetos de derechos en lo sustantivo y en lo adjetivo. Los mecanismos de defensa técnica se encargarían de la representación y ejercicio adecuado del derecho de defensa como parte en los procesos judiciales.</p>	
<p>PREGUNTA 6.</p>	<p>¿Qué ha hecho el CONNA sobre la reeducación de la población en garantizar el derecho del desarrollo progresivo de los NNA en todas circunstancias, no como objeto sino como sujetos de derechos y con potestad de ejercicio?</p>
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL

<p>El CONNA se encuentra trabajando bajo lineamientos apegados a la LEPINA, dónde brinda atención a los NNA que se encuentran siendo vulnerados en sus derechos, garantizado el cumplimiento de los mismos con la coordinación de otras entidades del sistema público y privado, además de trabajar con los diferentes entornos familiares afín que el NNA goce de un desarrollo integral y cumplimiento de sus derechos dentro de sus familias y sociedad, también se realizan campañas de promoción y sensibilización para trabajar en áreas de la comunidad, para favorecer el acceso a la información y garantía de derechos, y se generan los espacios para que los NNA sean escuchados y puedan expresar su opinión en los diferentes procesos administrativos y judiciales iniciados a favor de los mismos.</p>	<p>Protección de derechos del niño, niña y adolescente.</p>
<p>ANÁLISIS: El CONNA es la institución encargada por velar que se le cumplan los derechos a los niño, niña y adolescentes dentro del seno familiar y la sociedad cuando los Derechos han sido vulnerados bajo los parámetros de las leyes que los protegen para que tenga un buen desenvolvimiento dentro de la sociedad.</p>	
<p>SÍNTESIS: El CONNA juntos con otras instituciones gubernamentales y no gubernamentales son las encargadas de ver que se cumplan los derechos que protegen a los niños, niñas y adolescentes dentro de la familia y sociedad.</p>	

CUADRO 4.

ENTREVISTA DIRIGIDA A LA LICENCIADA MERARI EUNICE CARRANZA JIMENEZ COORDINADORA DE PROTECCION DE DERECHOS DEL INSTITUTO SALVADOREÑO PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA (ISNA).

PREGUNTA 1.	¿Cuáles son los factores económicos, sociales, culturales entre otros que hacen efectivo el ejercicio de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes?
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
<p>Una de la cosa importante es que todos estemos capacitados en el tema de doctrina de protección integral una vez que la gente ve a los niños como sujeto pleno de derecho no tiene temor de que el niño progresivamente vaya ejerciendo sus derechos, el detalle es cuando la gente no tiene verdadero enfoque de derecho vive con la doctrina de la protección irregular, es ahí donde se ve limitado el ejercicio de derecho y se ven vulneraciones.</p>	<p>Doctrina de la protección integral.</p>
<p>ANÁLISIS: Una vez que la doctrina de la protección integral se vuelve de comprensión general el adulto comprende que su rol con respecto al niño, niña y adolescente es de acompañamiento, dirección y orientación para que este en el desarrollo progresivo de sus facultades ejerza propiamente sus derechos pues dentro de esta doctrina el niño, niña o adolescente ya es sujeto activo de sus derechos siempre en relación a su capacidad progresiva es decir su capacidad de tomar decisiones y entender la responsabilidad de esas decisiones dentro de esta doctrina el niño es capaz de defender sus derechos ante cualquier vulneración por su cuenta.</p>	
<p>SÍNTESIS: La doctrina de protección integral ve a los niños como sujetos plenos de Derecho y busca que el niño progresivamente vaya ejerciendo esos Derechos, a diferencia de la Doctrina de la Situación Irregular pues ahí es donde se ve limitado el ejercicio de Derechos y se ven muchas más vulneraciones pues se percibe a los niños como objetos que son incapaces de comprender y de ejercer cualquier Derecho ya que en esta doctrina los padres tienen un papel totalitarista sobre los hijos.</p>	
PREGUNTA 2.	¿Cuáles son los Derechos que se les reconocen a los niños, niñas y adolescentes?

RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
<p>La LEPINA establece una categoría de derechos que los retoma de la convención sobre los derechos del niño y establece las categorías, pero la LEPINA no solo retoma si no también amplía esos derechos y entre categorías están la supervivencia que es lo primero lo básico lo fundamental asegurarle al niño la vida la salud encontramos también los derechos a la protección contra traslados ilícitos contra la trata de personas los tratos crueles inhumanos y degradantes los derechos de participación que conlleva el ejercicio progresivo de las facultades del niño o de la niña y también dentro de esos establece la importancia de que el niño se vea como sujeto plenos de derecho y que está en la capacidad de tomar decisiones, de participar en asociaciones entre otros. Y la de educación que está enfocada en que a todo niño niña y adolescente se le reconozca la parte educativa ahí va la recreación también vinculada el arte cultura así que básicamente la LEPINA recoge cuatro categorías y dentro de esas cuatro categorías va identificando derechos.</p> <p>Como ISNA nosotros estamos divididos por coordinaciones, mi coordinación es de protección de derechos ósea yo veo un niño junto con mi equipo técnico cuando ya se ha violentado o está en amenaza la junta de protección emite una medida y nosotros tenemos una oferta programática es decir si es niñez migrante retornado por ejemplo tenemos un programa para atender específicamente niñez migrante retornada, si son niños víctimas de abusos y no hay alternativa familiar por más</p>	<p>Sujeto pleno de Derechos.</p>

<p>que la junta haya tratado de agotar esta alternativa y ve que no hay nada favorable al niño nosotros como ISNA tenemos los centros de acogida de emergencia o los centros de acogimiento institucional que es cuando la medida ya ha pasado la parte de la emergencia y pasa a la parte de la institucional en cambio hay otra parte que es de difusión y promoción de derechos con temas empoderar a los niños y niñas.</p>	
<p>ANÁLISIS: La Convención sobre los Derechos de niño estipula las categorías que vienen a fungir como directriz al momento de crear la Ley especial en nuestra legislación referente a la temática de niñez y adolescencia estas cuatro categorías en su esencia recogen más derechos que benefician a la infancia con la finalidad de garantizar una seguridad en el goce pleno de su Derechos además crean un catálogo de protección donde encontramos programas, instituciones, políticas y principios que facultan al niño a ser un sujeto de Derecho y no un simple objeto de tutela es por ellos que el ISNA trata de empoderar a los niños niñas y adolescentes para que ejerzan acciones para contrarrestar cualquier daño o perjuicio a sus integridad o a su dignidad humana.</p>	
<p>SÍNTESIS: Se establecen propiamente cuatro categorías según la convención de los Derechos del niño que retoma la LEPINA y amplía entre ellas el Derecho a la supervivencia, Derecho al Desarrollo, Derecho a la Participación y Derecho a la Protección, siendo estas cuatro categorías una envoltura integral de protección a los niños, debido a que cada uno de estas identifica y reconoce derechos inherentes como el derecho a la educación, el de ser escuchado, derecho al ejercicio de sus Derechos según el desarrollo evolutivo de sus facultades y el derecho a asociarse entendiendo también que en esta envoltura encontramos los derechos fundamentales como salud, alimentación entre otros. El ISNA como institución garante de estos derechos protege a los niños en situaciones de vulneración en diversas áreas como acogiendo a los niños y adolescentes en situaciones de riesgo o emergencia en los centros de acogimiento institucional además se encarga de la difusión y promoción de Derechos con temas para empoderar a los niños, niñas y adolescentes en el conocimiento y defensa de sus Derechos.</p>	

PREGUNTA 3.	¿Qué situaciones cotidianas son percibidas por las niñas, niños y adolescentes como vulneradoras de Derechos?
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL
<p>Uno de los temas quizás es el maltrato va no solo a la parte física si no a la parte psicológica y quizás algo que no vemos es la parte de la afectación emocional no se nos ha enseñado a ser mama y papa y no existen programas ni trabajos sobre los temas como la disciplina positiva que es tan importante ya que está fundada en pilares importantes como darle estructura a los niñas y niñas pero también el afecto así que muchos confunden esa parte y caen en el maltrato.</p>	Disciplina positiva.
<p>ANÁLISIS: Es necesario que los padres conozcan la manera idónea de orientar y corregir a sus hijos sin caer en prácticas de maltrato, puesto que el niño necesita un ambiente seguro y saludable para sus desarrollo cognitivo y físico que le ayude a tener una percepción de su entorno y lo ayude a madurar acorde a su edad y circunstancias para el ejercicio pleno de sus Derechos.</p>	
<p>SÍNTESIS: Es importante para no caer en el maltrato conocer sobre la disciplina positiva que es la que fomenta los pilares que le brindan al niño una estructura, un carácter, y con ello una personalidad, es por ello que es importante inculcarla siempre con el afecto que los niños y niñas necesitan.</p>	
PREGUNTA 4.	¿En qué espacios o escenarios aprenden más sobre sus derechos?
RESPUESTA	CONCEPTO FUNDAMENTAL

<p>El espacio prioritario es la familia en el deber ser que es el origen natural de un niño o una niña y sería quién tendrá que empoderar le sus derechos, más sin embargo encontramos mucha violencia en los hogares y los niños replican porque su papá es su ejemplo a seguir y así ellos lo hacen para los niños está bien con eso que hace, creía yo que las escuelas han avanzado en el tema de empoderar pero también que algunas instituciones hemos trabajado en eso y las ONG tienen programas en las comunidades también han empoderado en el tema de derecho.</p>	<p>Derechos.</p>
<p>ANÁLISIS: Como lo establece el artículo 102 de la LEPINA en su letra “a”, las niñas, los niños y adolescentes tienen el derecho-deber de conocer y defender activamente sus derechos. Por el contrario, conforme a la previsión del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Tanto si se trata de la conducta, verbigracia, del propio niño o de otro niño, que en incumplimiento de deberes pueda ocasionar la violación o amenaza de un derecho, la ley consideró apropiado someter al alcance de la medida de protección la situación de hecho para que se ordene al niño el cumplimiento de sus deberes o a los adultos asumir la responsabilidad para con el niño, o inclusive, ambas ordenes en una misma medida. Así como les exigimos que cumplan con el deber de respetar a sus padres, por ejemplo, también debemos exigirles que cumplan con el derecho de defender sus derechos. La defensa de los derechos es así un derecho-deber presente en la vida cotidiana de NNA, de ejercicio directo y personal, que no constituye falta de respeto ni desobediencia a padres o autoridades.</p>	
<p>SÍNTESIS: La familia es el principal ente para que los niños, niñas y adolescentes puedan conocer de sus derechos, pero también por medio las instituciones y las escuelas ellos pueden conocer sobre los derechos que les engloban por el hecho de ser niños por medio de programas o talleres van entendiendo cuáles son.</p>	

<p>PREGUNTA 5.</p>	<p>¿Qué avance supone dentro de un núcleo familiar social que las niñas, niños y adolescentes ejerzan directamente sus capacidades legales ante una autoridad judicial?</p>
<p>RESPUESTA</p>	<p>CONCEPTO FUNDAMENTAL</p>
<p>Este es súper importante es el hecho de que el niño progresivamente vaya tomando decisiones dentro de la casa que vaya haciendo participe de todo lo que en casa está aconteciendo, pero aquí es importante retomar algo muchos padres tienen miedo y creen que nosotros como Institución queremos cambiar al niño y ven eso como una falta de respeto que los niños den su opinión aquí es algo muy importante ya que trabajar en el tema si bien es cierto el niño progresivamente va a ir ejerciendo sus facultades lo que necesitamos es trabajar la parte de la orientación que sea oportuna y que sea adecuada. Oportuna porque si usted tiene un niño pequeño, le va a celebrar, le va a aplaudir, se va a reír de una ofensa, ese niño lo está tomando como válido cuando él llega a la adolescencia, usted ya no siente que la ofensa le causa risa como antes, como cuando él era pequeño entonces es una orientación oportuna de este, desde que el niño está pequeño, pero también es adecuada que va encaminado al bienestar integral de un niño, niña y adolescente. La ley establece también la posibilidad de que los adolescentes puedan ya otorgar poder (eso es muy bueno), pero también las instituciones les tenemos miedo a eso y ahí resistencia por parte de algunos funcionarios de que un adolescente puede afirmar, la toma de opinión</p>	<p>Capacidad progresiva del niño, niña y adolescente.</p>

de un niño o una niña, lo que va a decir porque lo dice tal cual sin prejuicios sin nada.	
<p>ANÁLISIS: En el artículo 10 de la LEPINA establece el principio progresivo de las facultades que respalda las garantías y derechos de los niños, niñas y adolescentes para que sean ejercidos por ellos de manera progresiva mediando un proceso, pero es el caso que muchas veces no se cumple por esta figura de la capacidad progresiva que tiene los niños ara el razonamiento no está muy reconocida por las autoridades judiciales.</p>	
<p>SÍNTESIS: Es importante por la progresividad que los niños, niñas y adolescentes muestran servirían para orientar en los procesos donde ellos están involucrados y así poderlos tomar en cuenta con su opinión y poder ellos defender sus derechos. Pero para muchos funcionarios oponen resistencia a que los niños, niñas y adolescente puedan otorgar poder o poder hacer valer su opinión por medio de la capacidad de discernimiento que estos poseen.</p>	
<p>PREGUNTA 6.</p>	<p>¿Cuál es su criterio sobre la actuación por si del NNA en los actos y procedimientos?</p>
<p>RESPUESTA</p>	<p>CONCEPTO FUNDAMENTAL</p>
<p>Es fundamental hemos tenido idea de que los adultos podemos solucionar todo en el mundo, pero el mundo nos está diciendo que no es así nos está mostrando qué los adultos nos hemos equivocado y que hemos pensado siempre que nosotros somos únicos qué podemos tomar las decisiones, que no nos equivocamos que nuestras decisiones son las mejores, pero cuando en los procedimientos en las atenciones que nosotros brindamos a los niños y le tomamos opinión encontramos muchas respuestas que a veces los adultos no hemos identificado y sobre todo porque es para el tema de protección qué es mi área es para cambiar una historia, entonces es importante si un</p>	<p>Opinión de niño, niña y adolescente.</p>

<p>niño o una niña me dice que no quiere ir a un reintegro con una familia porque su familia la ha tratado mal por ejemplo, el adolescente me está alertando no sólo porque quiere que esté con una familia para que salga de un centro entonces voy a tomar la decisión sino que tengo el deber de tomar su opinión y de escucharlo y también de hacerlo efectivo porque no solo es escucharlo y decir sí pero al final tomó yo la decisión si no están bien que en todas las actuaciones tenemos que escuchar al niño tenemos que visibilizar la participación activa de él, pero eso tiene que ir acompañado de parte del empoderamiento porque si no esto puede ser viciado el hecho de que un niño o una niña sea manipulado por alguien, entonces en la medida de que el padre o madre va orientando una guía o adecuando, yo o institución voy empoderando al niño niña que va teniendo el descendimiento para la toma de su opinión de acuerdo a la madurez que la va permitiendo su edad o su desarrollo. Entonces creería yo que es fundamental acompañar para que pueda tomar las mejores decisiones.</p>	
<p>ANÁLISIS: Es importa ya que por medio de la opinión que el niño, niña y adolescente les brinda ellos dar pie para un mejor entendimiento en el proceso que ellos se ven involucrados y así la institución encargada pude tomar la mejor elección para el resguardo de sus derechos.</p>	
<p>SÍNTESIS: Las Autoridades Judiciales tiene el deber de que los niños, niñas y adolescentes pueden dar su opinión en los procesos que ellos están involucrados o que hagan ejercer sus derechos por medio de procesos o Actos Judiciales.</p>	

3.2 Verificación de Hipótesis.

- ✓ **Hipótesis General.**

El Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia y los Juzgados de Familia de la Ciudad de San Miguel cumplen actualmente con la garantía del ejercicio de la capacidad progresiva del niño, niña y adolescente en los procesos judiciales.

Como grupo de investigación se verifico a través de la **hipótesis general** que en el Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de la Ciudad de San Miguel si cumplen con la garantía del ejercicio de la capacidad progresiva de los NNA en los Procesos Judiciales, teniendo como directriz la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia que tiene como eje central la doctrina de la protección integral; adoptada también en los Juzgados de familia y en cualquier proceso o materia del derecho donde se encuentren en litigio los intereses de los NNA, pues el Juez busca el interés superior del niño, niña y adolescente poniendo en práctica los principios y dándole prioridad a los derechos preestablecidos en la convención de los derechos del niño y en la ley especial así como a todo el catálogo de leyes encargadas de velar por la protección de los niños pero no como un objeto de protección si no como un sujeto activo capaz de defenderse mediante mecanismos legales que lo respaldan; los juzgados escuchan su opinión en los procesos y evalúan su desarrollo cognitivo a través de la madurez que este posea para entender su entorno y tomar decisiones aunque también es indispensable mencionar que a pesar de que el espíritu de la ley y el objetivo de Estado sea dotar al NNA de capacidad para actuar a pesar de que no tenga la mayoría de edad, esta figura no se encuentra como un derecho establecido si no que se encuentra implícito en los principios como el de propiciar el desarrollo evolutivo de sus facultades, el de interés superior, así como en el derecho a ser oído y a que se le respete su opinión, en este sentido decimos que falta que la LEPINA reconozca esta capacidad expresamente pues se hace alusión a que el niño tiene un capacidad jurídica procesal pero entendiéndose que para ello debe existir una capacidad progresiva con anterioridad lo que genera

que tenga una legitimación activa en un proceso, en este sentido es de vital importancia esta figura para que sea de aplicabilidad general en las demás áreas del derecho sin acudir a la doctrina sino más bien a la capacidad progresiva meramente del NNA y pueda intervenir en cualquier proceso como una persona menor de edad con capacidad para actuar pues conoce sus derechos, su situación en el caso y los mecanismos de defensa que tiene cuando sienta que se le vulneran sus garantías, y que con orientación legal de su representante puede hacer uso de ello.

✓ **Hipótesis Específica 1.**

La intervención de los niños, niñas y adolescentes en los Procesos Judiciales depende de la Capacidad Progresiva que es determinada por el Órgano Judicial y demás entidades gubernamentales.

Se comprueba la presente **hipótesis específica uno**, detallado por medio del Capítulo II, apartado 2.1.4 con el tema Los Derechos y Garantías de la Protección Integral de los Niños, Niños y Adolescentes en El Salvador y las entrevistas realizadas a El Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia en anexo n° 2, El Juzgado de familia en anexo n° 3 y así como a las instituciones CONNA en anexo n° 4 e ISNA en anexo n° 5 por lo que podemos establecer en esta investigación que si toman en cuenta la opinión del NNA cuando el conflicto que se ventila en un proceso le afecta directamente o le vulnera derechos y lo hacen en torno al grado de madurez que este tiene; para determinar esto primeramente se alude a la observación que hace el juez del niño, como se expresa, como piensa y como entiende las decisiones que se pueden llegar a tomar en el proceso; pero también puede el juez ordenar un dictamen psicológico para concretar si el niño tiene la lucidez pertinente para intervenir activamente en el proceso, es aquí donde el niño demuestra el desarrollo evolutivo de sus facultades donde se materializa el aporte de la familia, la sociedad y el Estado en el desenvolvimiento de todas las percepciones del niño,

una vez hecho el dictamen el Juez establece si el menor cuenta con la suficiente capacidad progresiva para defender sus derechos, en el caso de que no, el niño siempre tendrá la garantía o la seguridad de que sus derechos sean tutelados pues el juez siempre tendrá en cuenta el bienestar del NNA en la decisión que se tome, además que el Estado trata de anticiparse brindando los medios para que el niño en un ambiente sano logre su máximo desarrollo, por lo que se crean e implementan políticas públicas orientadas a fortalecer el ejercicio del rol fundamental de la familia y la sociedad y como inciden estas, en el desarrollo psicológico, moral y social de todo sujeto pleno de derechos, es por ello que a través de escuelas para padres y madres que son impartidas por los Juzgados también se trata de brindar charlas orientadas a la correcta crianza de los hijos, las formas de corrección y orientación, y como crear un buen ambiente familiar que faculte al niño de ser y evolucionar conforme al aprendizaje que se le brinda.

✓ **Hipótesis Específica 2.**

Los niños, niñas y adolescentes de El Salvador pueden ejercer su capacidad progresiva porque obtienen los mecanismos efectivos que se adaptan a cada una de sus necesidades, atendiendo a los principios de protección integral establecidos en la ley.

En esta **hipótesis específica dos** se comprobó tomando en cuenta el anexo n°1 del Habeas Corpus con referencia **209-2020**, habiendo el caso de la niña de 10 años, quien hizo valer el Derecho del ejercicio progresivo de sus facultades y con la entrevista realizada a los Juzgado de Familia en anexo n° 3 y Juzgado del Especializado de la Niñez y Adolescencia agregados en anexo n° 2 de nuestra investigación, que tanto a nivel nacional como internacional existen convenciones, tratados, declaraciones y una serie de leyes que buscan crear una envoltura protectora para los niños adaptándose a sus necesidades y actualizando su perspectiva de ver y entender que el niño es una persona en desarrollo capaz de ser parte del mundo que lo rodea y

que al adquirir y ejercer una capacidad jurídica, se les da un arma procesalmente hablando, ya que de nada sirve, crear políticas sociales, si no se les da herramientas que hagan efectiva las mismas, y el legislador pensó en eso, al darle un mecanismo de defensa a ese sector, y que mejor que facultarlos para iniciar un proceso de manera propia, que lleve como fin último la protección de sus derechos inherentes a su persona, es por ello que es indispensable mejorar la aplicación de la capacidad jurídica que todo niño, niña y adolescente posee, en los procesos administrativos y judiciales, sin que esto cree demora o detenga la celeridad de los procedimientos respectivos; La LEPINA, puntualiza la capacidad Jurídica Procesal, que se le otorga al niño como la facultad de ser parte en un proceso contando con la representación legal correspondiente. A pesar de no contar aún con la mayoría de edad, podrá exigir el cumplimiento de sus derechos si éstos fueren violentados. Por tanto, los niños, niñas y adolescentes son ciudadanos sociales aunque carezcan de ciudadanía política y de ciudadanía civil; sumado a ello, dicho cuerpo legal, materializa tal capacidad, a través del ejercicio de mecanismos dentro de los procesos judiciales o administrativos, identificando como tales, el derecho a la opinión, que es parte fundamental para la toma de decisiones o resoluciones que en esos entes se ventilen, dándole prioridad absoluta a dicho derecho y ejerciendo la autonomía progresiva, que supone que en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad, toma control sobre diversos ámbitos de acción. Lo anterior implica reconocer a los niños la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, como asimismo la posibilidad de que en un momento determinado decidan no hacerlo. Pero se trata de una progresividad en el ejercicio de los derechos, una gradualidad, que tiene que ver con el proceso de traslación de la niñez a la mayoría de edad. Se habla de autonomía progresiva, justamente para significar que la capacidad del niño para ejercer sus derechos va creciendo en la medida que él se desarrolla y va

adquiriendo paulatinamente mayores niveles de independencia y libertad. Tal autonomía opera como límite a la autoridad, así por ejemplo, frente a las facultades de los padres, reforzando la idea de que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos.

✓ **Hipótesis específica 3.**

La capacidad progresiva del niño, niña y adolescente no solo se ejerce en los Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia sino también en los Juzgados de Familia y demás áreas del Derecho que autorice un Juez Competente.

La verificación de la presente **hipótesis específica tres** se encuentra en el análisis de la CDN en la presente investigación, en el Capítulo II, apartado 2.2.4 referente a la Capacidad Progresiva como Premisa para la Capacidad de Obrar y apartado 2.5.2 relativo a las Leyes Secundarias es importante mencionar que el Estado Salvadoreño se comprometió a generar ese proceso de cambio al ratificar la CDN, y se comprobó tomando en cuenta el anexo n°1 del Habeas Corpus referencia **209-2020** en donde una niña hizo el pleno uso de sus derechos, tomando en cuenta su capacidad progresiva con el debido derecho al acceso a la justicia y con la entrevista realizada al Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia agregado en el anexo n° 2, comprometido a revisar y adecuar todas sus normas internas, e implementar un enfoque de derechos humanos en el marco de la Doctrina de Protección Integral de la niñez y adolescencia, transformando la CDN, en políticas públicas para todas las niñas, niños y adolescentes sin discriminación alguna. Es así que fue aprobada la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, “LEPINA”, como una ley especial en materia de derechos humanos de NNA, cuya finalidad, según su artículo 1, es “garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de toda niña, niño y adolescente en El Salvador”. Siendo aplicables a toda persona desde el instante de su concepción hasta que cumpla los dieciocho años

de edad; y, que serán ejercidos directamente por los niños, niñas y adolescentes tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, con la dirección apropiada de su padre y madre y las limitaciones establecidas en la presente ley. Esto quiere decir que el niño posee derechos desde el momento en que es concebido y que además irá adquiriendo obligaciones en la medida en que vaya creciendo y desarrollándose, por lo cual se considera que se encuentra investido de capacidad jurídica procesal, la cual le otorga al niño la facultad de ser parte en un proceso contando con la representación legal correspondiente. A pesar de no contar aún con la mayoría de edad, podrá exigir el cumplimiento de sus derechos si éstos fueren violentados. Sumado a ello, dicho cuerpo legal, materializa tal capacidad, a través del ejercicio de mecanismos dentro de los procesos judiciales o administrativos, identificando como tales, el derecho a la opinión, que es parte fundamental para la toma de decisiones o resoluciones que en esos entes se ventilen, dándole prioridad absoluta a dicho derecho y es concretada mediante la oportunidad que tienen estos, a ejercer sus derechos de manera propia, en cuanto a la interposición de las demandas, al poder ejercer la pretensión, al ser titulares del derecho; la legislación es explícita al decir que todo mayor de 14 años, estará habilitado para facultar representante judicial no siendo necesaria la intervención de sus padres o representante legal. Con la entrevista realizada y agregada en los anexos de nuestra investigación, anexo uno y anexo dos; al Licenciado José Marvin Magaña Avilés, Juez del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de San Miguel y así mismo al Licenciado Saúl Alberto Zúniga, Juez del Juzgado Segundo de Familia de la ciudad de San Miguel comprobamos que a nivel general cada institución tiene sus políticas para lograr un desarrollo pleno de los NNA en su personalidad, y garantizar que los mismos sean escuchados y que su opinión sea valorada, esto

en razón de que en cada diligencia o proceso se informa al NNA sobre su situación legal de forma actualizada y se valora su opinión y participación activa en los procesos.

3.3 Logro de Objetivos.

A través del desarrollo del tema de investigación, con el **objetivo general** se ha podido determinar en el capítulo II que el ejercicio actual de la Capacidad Progresiva del niño es tomada en consideración como un principio al respeto de los niños, niñas y adolescentes como partícipes activos, con el fin de no considerarles simplemente como receptores, sino más bien de ser protegidos integralmente como sujetos de derechos, considerando el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, en relación al artículo 10 la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, reconociendo la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes, estableciendo así una gama de derechos y garantías en su beneficio, atendiendo a la capacidad y grado de madurez que poseen, estipulando un compromiso político y jurídico, cuyo rumbo es la construcción de nuevas condiciones de vida para la niñez salvadoreña, lo cual se ve reflejado en el ejercicio progresivo de las facultades, pues la ley determina el ejercicio efectivo a un ámbito cronológico y desarrollo psicosocial del mismo.

Considerando el eje central de la investigación de tomar en cuenta la capacidad progresiva del niño como sujeto de derecho y su ejercicio establecida principalmente en la LEPINA, adquiriendo garantías y principios que fueron desarrollados en el capítulo II; en el capítulo III donde se establece el análisis de las entrevistas dirigidas a especialistas en materia de Familia y de la niñez y adolescencia, mediante el cual la finalidad del objetivo general es, determinar el ejercicio actual de la Capacidad Progresiva del niño en los Juzgados de Familia, así como también en Juzgado Especializado de la niñez y adolescencia de la Ciudad de San Miguel., quedando evidenciado que gracias al paso del modelo de protección integral, la niñez y

adolescencia trata de no ser vista como objeto sino como sujetos de derechos, al poseer, actualmente, la capacidad jurídica para intervenir en los procesos establecidos por la Ley, en virtud del derecho de acceso a la justicia y a un debido proceso, además de las facultades otorgadas en la Constitución de la República, Código de Familia, Convención sobre los Derechos del niño y la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, como el derecho de petición, derecho a la libertad de expresión, derecho a opinar y ser oído, derecho al acceso a la información; pero aún queda adecuar el código de la legislación familiar a la doctrina de la protección integral, para evitar contradicción en el ejercicio, porque la Doctrina de la protección parte de los derechos del niño, a no ser maltratado y así mismo, a que se le garanticen todos sus derechos.

Con el **objetivo específico número uno**, se logró establecer las instituciones con las que cuenta el Estado, instituciones encargadas de brindar atención especializada y proporcionar prestaciones de servicios públicos en el ámbito que fueron creadas como se puede comprobar así en la entrevista a las instituciones del CONNA en anexo n° 4 e ISNA en anexo n° 5 de nuestra investigación, tomando en cuenta que es competencia del Juzgado Especializado y de las Instituciones buscar la protección efectiva de los derechos de los NNA, en el capítulo II con el subtema Mecanismos e Instituciones creadas por el Estado Salvadoreño para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes se detallan Instituciones Gubernamentales y no Gubernamentales, que tienen como finalidad principal velar por la promoción, protección y garantía de los Derechos de los niños, impartiendo capacitaciones y charlas en relación a los derechos que como NNA se le asisten y que puedan seguir los procesos conforme a las garantías procesales establecidas en dicha Ley. Este sistema de Protección Integral se organiza y se rige bajo los principios de legalidad, participación democrática, eficacia y eficiencia, la actuación de

los integrantes del Sistema se rigen además por los principios de coordinación, cooperación, transparencia, buena fe y gratuidad.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, reconoce expresamente el derecho de participación en todo lo relacionado a la vida de la niñez y adolescencia, y específicamente en los procesos judiciales y administrativos en el Art. 94 inc. 3, se establece como principal indicador el ejercicio progresivo de sus facultades, establecido en el Art. 9 y 10, para el desarrollo de estos. En consecuencia de esto los asuntos relativos a la protección de los niños, niñas y adolescentes que no tengan establecido un trámite especial por la ley, se rigen conforme a lo prescrito para el proceso general de protección. Ninguna autoridad judicial puede invocar la falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para soslayar ni justificar la violación o amenaza de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; Como se comprobó tomando en cuenta el anexo n° 1 del habeas corpus referencia **209-2020** que la niña de 10 años hizo valer el Derecho que por ende le pertenecen.

Con él **objetivo específico número dos**, a medida que se realizó el estudio de la investigación desde el punto de vista teórico y el análisis de los resultados de las entrevistas dirigidas a las instituciones encargadas para que se cumplan los derechos de los niños, niñas y adolescentes, el presente objetivo se cumple, porque los niños, niñas y adolescentes poseen los instrumentos necesarios para así poder hacer efectividad de sus derechos por medio de las instituciones como lo son el CONNA y el ISNA cuestionario debidamente incorporado a los anexos, como anexos n° 4 y anexo n° 5; donde se denota que son las encargadas de velar por ellos, brindándole la protección y recursos necesarios para que así puedan tener mediante un apoderado legal, tutor o familiar una efectiva protección de sus derechos cuando éstos están siendo vulnerados, también en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia se

establece cuando el niño, niña y adolescente puede hacer ejercer sus derechos por sí mismo tomando en cuenta que son sujetos titulares de los derechos que poseen por ende se integran de manera efectiva al mundo jurídico tomando en cuenta los principios de la protección integral, la adecuación de las leyes en los principios universales de la dignidad, equidad y justicia social y los principios fundamentales de la no discriminación, del interés superior del niño, solidaridad y participación, siendo así que los niños, niñas y adolescentes cuentan con los instrumentos necesarios para hacer el pleno uso de sus derechos y que por medio de estos poder ejercerlos, tal como se materializa dicho derecho en la resolución **209-2020** agregada a nuestro trabajo de investigación como anexo n° 1 donde la niña de 10 años interpone el Habeas Corpus como un mecanismo de defensa pues se le vulneran derechos elementales a ella y a sus dos hermanos, al privar de libertad a su madre por delitos menos graves que pueden repararse mediante conciliación.

En el **objetivo específico número tres**, se logró obtener respuesta favorable por medio de los Juzgados, entrevistas que se dirigieron al Juez especializado de la niñez y adolescencia y al Juez de Familia agregado como anexo de respaldo, el cuestionario de la entrevista que se les realizó, como anexo n° 2 y anexo n° 3; estableciendo que el niño, niña y adolescente posee una capacidad jurídica procesal la cual le da el derecho de intervención cuando él está siendo afectado, así como lo representamos en la resolución **209-2020** adjuntada en nuestro trabajo de investigación como anexo 1 donde la niña es beneficiaria de un mecanismo para la protección de sus derechos en este caso de necesidad o vulneración tomando en cuenta su capacidad progresiva, siendo éste uno de los mecanismos más importantes para la efectiva protección en los diversos procesos del área del derecho, cabe señalar que ahora los niños, niñas y adolescentes cuentan con la atención necesaria cuándo están siendo vulnerados de sus derechos por medio de

la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia donde establece que cuando el niño, niña y adolescente puede ser escuchado tomando en cuenta su opinión en cualquier área del derecho, en los procesos lo que se busca es que el niño, niña y adolescente no salga afectado y así poder brindarle la protección necesaria que le permita la intervención y participación cuándo se le están siendo vulnerados sus derechos.

CAPITULO IV.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

En el presente trabajo de investigación denominado “CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO Y SU EJERCICIO”, hemos llegado a una serie de conclusiones, como resultado de la indagación del tema de investigación, las cuales clasificamos como conclusiones generales, específicas, jurídico, y del tema objeto de investigación.

4.1 CONCLUSIONES GENERALES.

1. Históricamente el niño, niña y adolescente se ha visto en desigualdad en nuestra legislación porque antes el niño era visto como un objeto y no como sujeto de derechos, pero a través de las luchas continuas y de la evolución de los derechos, se han reconocido y protegido llevándose a cabo que los niños tengan una participación para poder hacer uso de sus derechos sin tener ningún tipo de discriminación alguna cuando éstos sean vulnerados y aunque ha habido avances y respuestas positivas se sigue trabajando en que el niño niña y adolescente tenga la oportunidad de hacer valer sus derechos cuando éstos sean vulnerados por su familia o la sociedad. Por medio de un representante legal o las instituciones que están encargadas de proteger a los niños, niñas y adolescentes.

2. Para los niños, niñas y adolescentes es de relevancia el tema de la Capacidad Progresiva pues se le posiciona como sujeto de derecho y se avala su ejercicio activo en la defensa de sus derechos generando así un rol protagónico del niño a nivel social y jurídico pues dicha capacidad lo respalda en cualquier proceso, en cualquier área, pero cabe mencionar que en la actualidad a pesar de los mecanismos con los que cuenta el niño en los Juzgados son pocos los casos en los que actúa activamente siendo este un problema estructural de la sociedad, ya que el defender sus Derechos antiguamente era

deber de los padres y por ende se necesita empoderar a los niños, niñas y adolescentes a esta doctrina donde se busca su protección como prioridad, y orientarlos desde muy temprana edad en este tema para que alcancen un mayor desenvolvimiento de sus facultades y hacerles saber que disponen del derecho de participación entre ellos el derecho a opinar y ser oído, el derecho a presentar sus peticiones por sí mismos, expresar sus opiniones libremente y tener un representante legal que les servirá de orientación y dirección, no de limitación, pues se busca su interés superior, tomando en cuenta sus consideraciones y decisiones en los procesos judiciales y administrativos.

3. Desde el punto de vista de los entrevistados, logramos delimitar que los entes judiciales son de suma importancia para la aplicación de sus derechos al momento que estos quieran hacer ejercerlos por sí mismo, pues es la acción al momento de admitir los procesos, y así poder darle ejecución en su totalidad, estimando que es competencia de los juzgados encargados de velar que se cumplan los derechos del niño, niña y adolescente, y que su derecho a opinar no esté siendo vulnerado, pues a pesar de lo previo no se cumple en su totalidad porque es muy reciente que los niños hagan valer sus derechos por sí mismos, y sin embargo existen instituciones defensoras de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las cuales son el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA) y el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (CONNA), en los que se desarrollan mecanismos y programas para la protección de estos ante la familia y la sociedad.

4.1.1 Conclusiones Específicas.

1. Como grupo de investigación, establecemos que el Estado como ente controlador, debe hacer énfasis en el tema de la capacidad progresiva de los niños, niñas

y adolescentes, en cuanto a que exista una correcta y efectiva aplicación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, esto encaminado a que se cumplan los derechos y garantías que los niños poseen, debido a que existe una norma jurídica especial que debería cumplirse, pero hay ciertos parámetros socioculturales que deberían ser tomados en cuenta para que se les dé la protección integral necesaria, y así brindar una atención oportuna y adecuada a los NNA, estos parámetros enmarcados en la concientización y sensibilización del tema de la protección y participación de la niñez y la adolescencia en la sociedad en general, tanto en la familia como en cada centro educativo, a fin de generar cambios de patrones culturales en la sociedad. En cuanto a Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, el Estado la ha implementado con la finalidad de garantizar el pleno goce de los derechos de niñas, niños y adolescentes, a través del cumplimiento de las obligaciones que corresponden al Estado, a las familias y a la sociedad, pero esta resulta insuficiente debido a que aún hay grandes desafíos por parte del Estado para superar en el tema de la capacidad progresiva del niño, el cumplimiento efectivo de la política de protección integral y en que el Estado debe de tener un rol protagónico en la sociedad para asegurar el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, instituyéndolos en objetivos, metas sociales y planes de acción.

2. En cuanto al Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia en la ciudad de San Miguel; se concluye, que a simple vista se logra captar que el número de Juzgados es mínimo para todos los conflictos jurídicos que deben de resolver y por eso generalmente los plazos que establece la ley no son respetados como por ejemplo, el plazo para resolver es de veinte días según el art. 244 de la LEPINA pero solo para

emplazar se tardan quince días, no se cumplen los plazos en todos los procesos y eso da lugar a la vulneración de derechos. Sumado a esto el personal de cada uno de los Juzgados y Cámaras es muy limitado y no pueden con toda la carga procesal que tienen. El Estado debe crear nuevos mecanismos como; crear más Juntas de Protección ya que hay una dilatación de procesos por no dar abasto y así mismo para garantizar la participación los entrevistados, la declaración de los NNA, como método probatorio debe ser propicio en un ambiente de acuerdo a su edad, en donde también participen psicólogos, pero es difícil lograr una intervención óptima ya que la falta de personal y falta de espacio físico impide lograr una buena intervención, siempre cuentan con la cámara Gessel; pero para utilizar este método se utiliza la ayuda de medicina legal ya que ellos son los que tienen personal capacitado y especializado lo cual por la falta de personal de esa institución y los trámites administrativos genera que solamente en casos realmente necesarios y especiales sea utilizado a pesar de ser el método más óptimo para esta actividad. Todo esto con el fin de ubicar la solución de estos problemas y limitantes que presenta la jurisdicción especializada, entre los cuales tenemos: la infraestructura, es decir el espacio físico en el cual se atiende para dar protección y proveer el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, en cualquier situación, muchas veces no es el adecuado, y un punto de gran importancia es la falta de los equipos multidisciplinarios, los cuales aún no se encuentran conformados en el Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de San Miguel; por lo que es evidente que no se le brinda la atención necesaria e integral a los NNA, por lo tanto no se están salvaguardando en su totalidad, los derechos y garantías que le asisten, para que este se desarrolle en sus capacidad de actuar y dirigirse cuando así se requiera.

3. Se concluye que el Estado ha realizado un gran esfuerzo, a través de la divulgación y aplicación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, logrando importantes pasos para dar cumplimiento con lo establecido en la presente ley en cuanto al principio del ejercicio progresivo de las facultades, reconociendo a las niñas, niños y adolescentes el ejercicio directo y progresivo de sus derechos, el cual debe ser dirigido y orientado de manera apropiada por su padre, madre o representante legal y que la orientación adecuada debe hacerse en concordancia con su nivel de desarrollo y aprendizaje. La edad no es motivo, ni condición para ser discriminado o excluido, todas las NNA son sujetos de derechos.

4.1.2 Conclusiones Jurídicas.

1. La Constitución de la Republica de El Salvador en su artículo uno establece que reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado desde el instante de su concepción entendiéndose así que da cobertura a la protección social y jurídica de la niñez y adolescencia, a partir de ese momento sin importar su nacionalidad, derechos amparados en presupuestos legales, como leyes, convenciones, tratados y reglamentos totalmente amplios para la debida protección integral de la niñez y adolescencia.

2. El código de Familia, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y la Ley Procesal de Familia adoptan la doctrina de la protección integral como eje central del interés superior del niño niña y adolescente en cualquier tipo de proceso; pues los reconoce como sujetos plenos y activos de derechos, dotados de una capacidad jurídica procesal con la cual pueden intervenir en un juicio ya sea a través de su representante legal o por sí mismos, no obstante a esto; también se encuentra la

Procuraduría General de la República la cual dentro de sus competencias siempre busca dar validez a la participación de los adolescentes, pero que dentro de los procesos no siempre se les brinda o existen las herramientas necesarias para facilitar y validar la participación de la niñez y adolescencia.

3. La capacidad progresiva es una figura que se encuentra expresa en nuestra legislación establecida en el Art. 10 y 14 de la LEPINA, la cual supone que, en la medida que la persona avanza en el desarrollo de sus capacidades de acuerdo a su edad, toma control sobre diversos ámbitos de acción. Lo anterior implica reconocer a los niños la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, como la posibilidad de que en un momento determinado decidan no hacerlo. Pero se trata de una progresividad en el ejercicio de los derechos, una gradualidad, que tiene que ver con el proceso de traslación de la niñez a la mayoría de edad; en referencia a los artículos 355 inc. 2 del CPCYM, 145 y 216 inc. 3 del CF y art. 7 lit. J de la LPF. Y de manera tal, mediante principios y derechos conferidos al niño donde se busca el desarrollo evolutivo de sus facultades como un preámbulo al ejercicio de la capacidad jurídica procesal y a la legitimación activa amparado y regulado en los artículos 92 al 99, 218 y 219 de La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia esto con el objetivo de que el niño no sea visto como un objeto donde recae la ley si no un sujeto participe y defensor de sus propios derechos en razón de su madurez y discernimiento ante las problemáticas jurídicas y sociales que se puedan presentar y que de alguna manera le afecten.

4. Respecto al Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil de la ciudad de San Miguel, para el caso de su entrevista, expresaron que en su jurisdicción no se ha dado caso alguno sobre la capacidad progresiva del NNA y que así mismo no han operado esa figura

en sus controversias, concluyendo que la participación infantil representa, en la actualidad y en contexto salvadoreño, un elemento clave en el entorno de la ciudadanía y de la educación integral pues se sustenta en unas sólidas bases legislativas nacionales e internacionales pero es imprescindible que en la realidad forme parte de la cotidianidad donde los NNA, alcancen el máximo del ejercicio en todas las áreas del derecho, entre ellas el área Civil que aún sigue manejando su concepción de niño como un “menor incapaz” obviando el énfasis al derecho de acceso a la justicia y al debido proceso que a todo sujeto de derecho les asiste, así como el hecho de que un niño no puede generalizarse en cuanto a su nivel de madurez, pues son factores subjetivos relativos de cada caso. Y es debido a la forma clásica de entender la incapacidad, colisionado con el derecho moderno, que centró su eje en los derechos fundamentales o de la personalidad, y no en los derechos patrimoniales. Esto les lleva a separar las reglas de la capacidad en el acto jurídico, de las que rigen la capacidad en el ámbito extra patrimonial, de los derechos de la personalidad o de los fundamentales; en síntesis, el sistema de la voluntad sustituida está en abierta contradicción con la doctrina de la CDN que establece el principio de la capacidad o autonomía progresiva el cual reconoce que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho, con voluntad que les permite expresar intereses y deseos, de acuerdo con sus facultades, los cuales deben ser tomados en cuenta por sus padres, tutor o curador. De lo que se deduce la necesidad de la sustitución de la doctrina clásica del régimen de la capacidad jurídica de los niños, niñas y adolescentes por el de una capacidad progresiva.

4.1.3 Conclusiones Culturales.

1. Según nuestra investigación, en nuestra cultura el niño, niña y adolescente tiene su inicio en estereotipos de una sociedad cerrada, que consideran al niño como

alguien que no puede hacer valer y ejercer sus derechos por sí mismo. Y este tipo de concepción representa una desigualdad entre los niños niñas y adolescentes, la sociedad y la familia; según las entrevistas realizadas, el marco de la sociedad es uno de los obstáculos más grandes puesto que no es muy conocido que el niño niña y adolescente puede ejercer sus derechos por sí mismo, puesto que las tradiciones de nuestra sociedad ponen al niño como alguien que no puede razonar y entender por sí mismo, pues crece con un pensamiento que el niño no puede opinar tanto en el seno familiar como en la sociedad todo esta conducta y pensamiento vienen dadas por nuestra cultura de sociedades Latinoamericanas en general; así la sociedad salvadoreña y hasta estos años anteriores está conociendo de que el niño tiene derecho a poder ejercer y valer sus derechos por sí mismo o por medio de un representan legal o un miembro de su familia.

2. La realidad que viven los NNA en la actualidad es de gran intranquilidad, es por esta razón que este tema es de gran importancia, ya que los aspectos culturales colocan a la capacidad progresiva de todo niño, niña y adolescente en una situación desfavorable, porque se busca menospreciarlos desde los mismos hogares donde crecen, en la escuela, y en muchos otros entornos de la sociedad; de igual forma la educación a veces no es la adecuada, y es en el seno familiar donde comienzan estos problemas, donde se crea un concepto falso del niño, que por ser menor de edad, es débil e incapaz para realizar ciertos actos en defensa de sus derechos; esto conlleva a que en la sociedad se van fundando estos estereotipos o conceptos limitados y denigrantes hacia los NNA, vista en incontables ocasiones como una relación de dependencia y desigualdad sin tomar en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, para que así con la dirección apropiada de su padre y madre y considerando lo que establece la Ley de Protección

Integral de la Niñez y Adolescencia se generen las políticas necesarias para garantizar su protección integral.

3. Se concluye que la situación que enfrentan los niños, niñas y adolescentes en el país es demasiado preocupante pues las leyes establecen el rol garante del Estado dándole un papel intervencionista por medio de órganos, instituciones políticas y acciones para erradicar cualquier vulneración de derecho hacia los niños, pero la realidad es que aún se perciben figuras como maltrato infantil, embarazos a temprana edad, deserción escolar y extrema pobreza que limita a los niños a gozar de otros derechos inherentes a su supervivencia, a su desarrollo y a su participación jurídica y social es por ello que se le reconoce al niño una capacidad progresiva independientemente de su status económico o nacionalidad basándose en parámetros de madurez con la que se determinará su protagonismo como sujeto activo en cualquier ámbito siempre y cuando vaya orientado a su interés superior y a su protección integral con la que el mismo podrá denunciar, demandar, intervenir y solicitar la restitución de sus derechos ante cualquier vulneración de manera directa sin tener como impedimento requisitos de edad ni depender de sus padres o representantes para la defensa de sus derechos.

4.2 Recomendaciones.

A la Asamblea Legislativa.

- ✓ La creación de nuevos Juzgados Especializados de la Niñez y Adolescencia; si bien es cierto ya se cuenta con un Juzgado Especializado en algunos departamentos, pero la carga laboral es inmensa, no hay celeridad en los procesos por la carga que poseen de los diversos casos; por lo anterior no se brinda una cobertura total a NNA, lo que imposibilita el eficaz cumplimiento de la ley.

A los legisladores.

✓ Que en la medida de lo posible se trate de perfeccionar la ley, en el sentido de que se evite que existan vacíos legales que den motivo a malas interpretaciones como en el caso del art. 37 y 38 de la LEPINA, relacionado al derecho a la integridad personal y a la protección frente al maltrato.

✓ Asimismo respecto a la competencia en que se debe de definir de manera precisa para no dar lugar a los conflictos de competencia entre los Juzgados de Familia y los Juzgados Especializados, procurar en la medida de lo posible y en futuro próximo y cuando se cuente con una estabilidad en el sistema, incluir en la competencia de los Juzgados Especializados (ya que estos tienen competencia especial) todos aquellos casos en que se vean afectados directamente los niños/as y adolescentes.

Al Estado de El Salvador.

✓ El país requiere de una LEPINA como instrumento jurídico efectivo y suficiente a fin de contrarrestar los aspectos negativos en que la dinámica social conceptualiza la vida de miles de niños/as y adolescentes en nuestro país y eso se lograra uniendo esfuerzo, voluntad política y legislativa. La LEPINA no debe verse como una solución a la problemática que aqueja a nuestros niños/as y adolescentes sino como un complemento de garantizar los derechos constitucionales de toda la niñez y adolescencia como sujetos de derecho que son.

✓ Que por medio de las instituciones garantes velen por el respectivo cumplimiento de los derechos y garantías de los NNA de El Salvador, implementando más programas en materia de la niñez, capacitando e informando sobre los derechos que le asisten. De igual manera recomendamos que se preocupen a que las políticas públicas

creadas a favor de la protección de los derechos de la niñez y adolescencia sean ejecutadas en su totalidad.

Al Órgano Judicial.

✓ Se les recomienda que debe ampliar un presupuesto financiero para la creación de más Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia, pero que estos a su vez deben de agilizar los procesos con el fin de darle efectivo cumplimiento al derecho del acceso a la justicia que contempla la LEPINA en su artículo 51 y por supuesto por la Convención Sobre los Derechos del Niño en asegurar que cada niño/a o adolescente tenga acceso a la justicia sin distinción alguna y de esta manera se estará haciendo efectivo el ejercicio y goce pleno de los derechos de la niñez y la adolescencia necesarios para su bienestar.

✓ Mejorar la infraestructura de los Juzgados Especializados de la Niñez y la Adolescencia en la zona oriental de país átraves del arrendamiento de mejores instalaciones y reubicar el inmueble para brindarle una mejor atención a los NNA.

A los profesionales del derecho.

- ✓ Se recomienda concientizarse en los problemas que enfrenta nuestra niñez y adolescencia y no permitir que se les vulneren sus derechos, tienen que involucrarse más en el tema de la niñez y la adolescencia en el sentido de exponer sugerencias para que no se sigan vulnerando más estos derechos y así que todos los niños/as y adolescentes puedan vivir en una sociedad en la que los valores y principios puedan imperar.

Al Juzgado Especializado de la Niñez y la Adolescencia.

- ✓ Que el juzgado envíe una solicitud a la Unidad de Recursos Humanos de la Corte Suprema de Justicia para que asigne nuevas plazas y se contrate más personal en vista de la saturación de los casos, es necesario incorporar más personal a fin de darle cumplimiento a las garantías procesales de los niños, niñas y adolescentes.

A la Universidad de El Salvador.

- ✓ Tomar un rol protagonista en la divulgación del tema de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, por medio de capacitaciones, talleres, conferencias y campañas de divulgación de información sobre la ley para toda la comunidad universitaria, haciendo énfasis en rol de agente de cambio histórico que posee el Alma Mater en nuestro país, contribuyendo y apoyando en la lucha por la transformación social y jurídica que garantice un enfoque de equidad e igualdad desde la perspectiva de la niñez y adolescencia.

- ✓ Crear un programa de estudio en sustitución de materias generales sobre el derecho de la niñez y adolescencia.

Al Ministerio de Educación.

- ✓ Se le recomienda que dentro de los programas de estudio se incorpore material didáctico en el cual se popularice la LEPINA entre los niños/as y adolescentes que son los principales sujetos de derechos en dicha ley; y a los docentes se les debería de educar en el respeto de los derechos de niñez y adolescencia por medio de charlas, capacitaciones, materiales didácticos, etc., y así evitar que exista abuso por parte de estos dentro de las Instituciones Escolares y se profundice en la participación activa de los NNA e incluirlo como temas en materia de Estudios Sociales.

A los padres de familia.

- ✓ Por ser estos los principales responsables de garantizar los derechos y participación de la niñez y adolescencia, se les hace recomendación que no confundan el termino corrección moderada y así no caer en la violencia para no crear una mentalidad errónea en el niño, niña y adolescente en que la violencia es una forma de corrección y ya que históricamente se ha dicho, y así es, que la educación comienza en el hogar, hagan que los futuros ciudadanos sean personas de bien en nuestra sociedad y no un ser humano sin conciencia que destruye a los demás, aunque todo padre tiene el derecho de educar y de corregir a sus hijos, háganlo de la mejor forma, enseñándoles valores, principios morales y espirituales y no enseñándoles que con violencia se resuelven los problemas. Permitiendo desde ahí el dialogo y participación mutua para que cada niño, niña y adolescente pueda dar opiniones libremente, para que de esta manera pueda desarrollarse en sociedad actualmente.

BIBLIOGRAFÍA.

LIBROS.

ALBALADEJO, MANUEL. *“Derecho Civil: Introducción y Parte General”*. Primer volumen, Quinceava Edición, Editorial JMB, 2002.

COUSO SALAS JAIME. *“El Niño como Sujeto de Derecho y la Nueva Justicia de la Familia. Interés Superior del Niño; Autonomía Progresiva y Derecho a ser Oído”*, Revista de derecho del Niño, Vol. 3-4, p.p 149, 2006.

DVILA, P. *“Los Derechos de la Infancia, UNICEF y la Educación”* En L. M. NAYA (coord). La Educación a lo Largo de la Vida, una Visión Internacional, Editorial Donostia Erein (p.p 61-117)

FERNÁNDEZ BULTE D. *“Siete Milenios de Estado y de Derecho”*. La Habana Felix Velara, 2004.

FERRAJOLI, LUIGI. *“Derechos y Garantías”*, Ed. Trotta, Madrid, 1997, Pag 39-60.

KILINGER. *“Técnicas y métodos”*. Primera Edición en Español. Editorial Nueva Editorial Interamericana, México, 1975.

LOZANO VICENTE AGUSTÍN. *“Los Derechos Del Niño: Cuestiones sobre Fundamentación”*, Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 2016.

V. ANDER.EGG, EZEQUIEL. *“Introducción a las Técnicas de Investigación Social”*. 24 Edición, Editorial Lemus, Buenos Aires, 1972.

LEGISLACIÓN NACIONAL.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DE LE SALVADOR. Decreto Legislativo N° 38, de fecha 15 de diciembre de 1983 y publicado en el Diario Oficial N° 234 tomo N° 281 de fecha 16 de diciembre de 1983

LEY CONTRA LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR. Decreto Legislativo N° 902, de fecha 28 de noviembre de 1996 y publicado en el Diario Oficial N° 241 tomo N° 333 de fecha 20 de diciembre de 1996.

LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, Decreto legislativo N° 839 del Año 2009. Publicado en el Diario Oficial N° 68 Tomo 383 Fecha 16 de abril de 2009.

LEY PENAL JUVENIL. DECRETO N° 863, Diario Oficial N°106, Tomo 323, de fecha 8/06/1994. Vigencia: 1/03/1995.

LEY PROCESAL DE FAMILIA. D.L. N° 133, del 14 de septiembre de 1994, publicado en el D.O. N° 173, Tomo 324, del 20 de septiembre de 1994.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS, ratificada por El Salvador según Decreto Legislativo N° 319, de fecha 30 de marzo de 1995, publicado en el D.O. N° 82, Tomo 327, de fecha 5 de mayo de 1995.

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, ratificada por El Salvador según Decreto Legislativo N° 487, de fecha 27 de abril de 1990, publicado en el Diario Oficial No 108, Tomo N° 307 de fecha 9 de mayo de 1990.

DECLARACION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO o llamada también “DECLARACION DE GINEBRA”: Adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones Unidas el 24 de septiembre de 1924.

DOCUMENTALES.

ALBA EVELYN CORTEZ DE ALVARENGA, *El proceso penal con niñez víctima del delito*, (El Salvador: UNICEF, San Salvador, 2009) 48-49

CAPACIDAD JURÍDICA PROCESAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.

Especial Referencia a la prueba de testigos. Yumildre del Valle Castillo Herdé.

COMISIÓN COORDINADORA DEL SECTOR JUSTICIA, *Glosario de términos jurídicos*

de la LEPINA, Unidad Técnica Ejecutiva, Impresión Imagen Gráfica, 5a. Ed., (El Salvador, Octubre 2011), 9.

FREEDMAN, DIEGO “*Los riesgos del interés superior del niño*”, accedido 12 de diciembre de 2015. Paráfrasis de la P.3.

LINACERO DE LA FUENTE, M. (2003). Describe el primer bloque de la Ley 1/1996 relativo a los *derechos del menor y principios rectores de actuación administrativa*, señalando ciertas notas de ambigüedad.

PLAN DE FORMACIÓN Y DIFUSIÓN SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA. Comisión Coordinadora del Sector Justicia (UTE).

POLÍTICA DE EDUCACIÓN INCLUSIVA, Ministerio de Educación de El Salvador, San Salvador, 2010.

SITIOS WEB.

CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2011.

<http://www.conna.gob.sv/index.php/institucion/marco-institucional.html>

INSTITUTO SALVADOREÑO PARA EL DESARROLLO INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, 2002.

http://www.isna.gob.sv/ISNA/index.php?option=com_content&view=article&id=51&Itemid=86

Investigación Científica. <https://www.significados.com/investigacion-cientifica/consultado>

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, 2010.

<file:///G:/INSTRUMENTOS%20JURÍDICOS/20090839.%20Proteccion%20Integral%20Ninez.pdf>

REVISTAS.

“Curso de medidas judiciales de protección a los derechos de la niñez y la adolescencia”,

(Modulo IV, SERIE LEPINA). AREA DE DERECHO DE FAMILIA. Consejo Nacional de la Judicatura, República de El Salvador. FEBERO 2010.

Carlos Enrique Tejeiro López, ***TEORIA GENERAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA***, (1998), p, 65, editado por UNICEF Colombia.

Comisión Coordinadora del Sector Justicia, UTE: Óp. Cit.Pág.16

Gerson Lansdown, ***“La evolución de las Facultades del Niño”***, (UNICEF, Siena, 2005) pág. 13

Gerson Lansdown, ***“La evolución de las Facultades del Niño”***, (UNICEF, Siena, 2005) pagina 26.

GOMES DA COSTA, ANTONIO Carlos. ***“Futuro de las Políticas Públicas para la Infancia en América Latina”***. En el IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia. P. 172 (Octubre 1995).

PLAN NACIONAL DE IGUALDAD Y EQUIDAD PARA MUJERES SALVADOREÑAS, Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU), San Salvador, 2012.

Protocolo de investigación III: la población de estudio, Revista Alergia México, vol.63, núm. 2, abril-junio, 2016, pág. 202.

TRATADOS Y CONVENIOS.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Firmado por El Salvador el 21 de septiembre de 1967 Decreto Legislativo N.o 27, de fecha 23 de noviembre de 1979. Diario Oficial. N.o 218, Tomo N.o 265, de fecha 23 de noviembre de 1979.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, fue firmado por El Salvador el 21 de septiembre de 1967 y ratificado el 23 de noviembre de 1979; Decreto Legislativo N° 27, Diario Oficial, N° 218, Tomo N° 265, de fecha 23 de noviembre de 1979.

ANEXOS.

ANEXO N° 1**209-2020****Hábeas Corpus**

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: San Salvador, a las once horas con cuarenta y ocho minutos del día veintinueve de abril de dos mil veinte.

El presente proceso constitucional de hábeas corpus ha sido promovido por la niña A.A., a favor de la señora A.B. procesada por los delitos de daños y lesiones graves, en contra del Juez de Primera Instancia de San Sebastián.

Analizada la petición se realizan las siguientes consideraciones:

I. La solicitante refiere que el Juez de Primera Instancia de San Sebastián no ha celebrado audiencia especial para conciliar en el proceso de la señora A.B., debido a que dicha sede judicial se encuentra cerrada.

Expone la peticionaria que los delitos que se le atribuyen a la imputada no son graves, que se presentaron arraigos y se encuentra mal de salud; también manifiesta que, además de ella, la procesada tiene dos hijos de 8 y 2 años de edad y no obstante ello la señora A.B. se encuentra privada de libertad en las bartolinas policiales de San Vicente.

II. **1.** La presente solicitud de hábeas corpus fue enviada a través de correo electrónico dirigido a esta Sala.

Esta Sede ha sostenido ampliamente, por ejemplo en las resoluciones de fecha 26 de marzo de 2020, hábeas corpus 148-2020 y 150-2020, y de fecha 27 de marzo de 2020, hábeas corpus 152-2020, que en razón de haberse emitido una serie de decretos ejecutivos y legislativos que contienen limitaciones a la libertad de circulación, se ha regulado que todos los habitantes del territorio de la república deben guardar cuarentena domiciliar obligatoria, salvo excepciones.

A consecuencia de las medidas decretadas, existe una probabilidad real de que las personas no puedan presentar peticiones de hábeas corpus materialmente en la Secretaría de este Tribunal, en un juzgado de primera instancia –según se habilitó en la improcedencia de 29 de junio de 2018, inconstitucionalidad 34-2014–, en una cámara de segunda instancia fuera de la capital, o a través de “carta o telegrama” –art. 41 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC). La restricción para el libre tránsito no debe representar un obstáculo para no tutelar de forma efectiva sus derechos fundamentales, pues ello es exigencia del derecho a la protección jurisdiccional –art. 2 Cn–.

Por tanto, mientras se mantengan las circunstancias extraordinarias causadas por la pandemia generada por el COVID-19, serán analizadas las solicitudes remitidas por los ciudadanos al correo electrónico institucional de esta Sala.

En todo caso, los peticionarios deberán asegurar el correcto envío de sus solicitudes, conforme a las demás exigencias formales que establece la LPC y en observancia de los plazos establecidos en esta. La Secretaría del Tribunal confirmará la recepción de las peticiones y se encargará de su trámite posterior.

2. Por otra parte se advierte que la peticionaria, quien manifiesta ser hija de la imputada, señala que tiene 10 años de edad.

Los artículos 5 y 6 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA) establecen que todas las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos y que dicha ley se aplica a nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio del país.

Por su parte, el art. 10 regula el principio de ejercicio progresivo de las facultades y señala que los derechos y garantías reconocidos a aquellos serán ejercidos por estos de manera progresiva tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y

orientación apropiada de sus padres o de quien ejerza la representación legal, y de las disposiciones establecidas en la misma ley. Además, se reconoce el principio de igualdad, no discriminación y equidad, afirmando que todos los niños, niñas y adolescentes son iguales ante la ley y que no puede justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en criterios discriminatorios o condiciones de ellos, de sus padres o de sus representantes que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales –art. 11–.

El derecho de acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes también está reconocido en el art. 51 de dicha ley especial y este comprende, entre otros aspectos, asesoría y atención especializada en materia de protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia y, también, atención prioritaria tanto en sede judicial como en las instituciones auxiliares de la administración de justicia, sedes policiales y administrativas (letras a y b).

En coherencia con lo anterior, el artículo 92 inciso 1º contempla el derecho a presentar y dirigir peticiones por sí mismos ante cualquier autoridad legalmente constituida y a obtener respuesta oportuna y congruente.

Además, dadas las características de este proceso –expedito y exento de formalidades– y la naturaleza de los derechos que mediante él se tutelan –la libertad física la integridad personal de los detenidos–, el legislador dispuso que cualquier persona puede solicitar habeas corpus a favor de alguien más, artículos 4 y 41 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC) – resolución de 13 de agosto de, habeas corpus -2015–.

Por tanto, aunque la solicitud fue presentada por una niña, que además manifiesta ser hija de la privada de libertad, ello no impide el trámite del proceso que nos ocupa porque su solicitud

ha sido realizada en el marco del ejercicio de los derechos fundamentales, en especial de acceso a la justicia, que la LEPINA reconoce a todo niño, niña y adolescente.

III. En relación con lo propuesto, esta Sala se ha referido a las exigencias de fundamentación de las decisiones judiciales sobre medidas cautelares y de revisión de la detención –resolución del 18 de febrero de 2019, hábeas corpus 359-2018–, aclarando el alcance del control que corresponde a este proceso constitucional.

Esta obligación básica de fundamentación de las resoluciones judiciales que imponen una restricción al derecho de libertad física, exigen tomar en consideración las condiciones particulares de personas en situación especial de riesgo o vulnerabilidad y motivarlo expresamente.

Por ejemplo, en el caso de mujeres y con hijos menores de edad, los estándares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2013, párrafo 216) y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok, 2010, N° 57), en relación con los arts. 1, 3 y 144 Cn.

De ahí la peticionaria inicialmente alude a que la autoridad demandada no le ha programado a la imputada audiencia especial para conciliar y además vincula su reclamo con aspectos que debieron ser considerados por la autoridad judicial al fundamentar la decisión que ordena la detención provisional de la señora A.B. como su condición de género, el interés superior de la niñez y las razones para superar la prioridad que, en principio, tienen las medidas no privativas de libertad en estos casos.

Así, dado que se plantea una posible vulneración a los derechos de presunción de inocencia y libertad personal tutelados a través del hábeas corpus, es procedente el

nombramiento de un juez ejecutor –artículo 43 de la Ley de Procedimientos Constitucionales (LPC), cuya función es intimar a quien se atribuye una restricción de la libertad personal, para que le exhiba la causa respectiva y le manifieste las razones de aquella.

Por su parte, la autoridad demandada está obligada a responder íntegramente a los requerimientos de aquel, lo cual permitirá otorgar una adecuada tutela constitucional.

El referido delegado de este Tribunal también documentará y comunicará oportunamente cualquier obstáculo que se presente en el desarrollo de la labor encomendada. Con fundamento en lo anterior, este deberá:

1. Intimar al Juez de Primera Instancia de San Sebastián para que se pronuncie sobre la vulneración constitucional alegada, en el plazo del artículo 45 LPC (el mismo día o el día siguiente a la recepción de esta resolución, según la circunscripción territorial del demandado).

2. Verificar en el proceso penal instruido en contra de la señora A.B. la fecha y el juez que le decretó la detención provisional, si la decisión que le impuso dicha medida cautelar se encuentra de acuerdo con los presupuestos procesales con la aplicación de una perspectiva de género señalados en la jurisprudencia de esta Sala y si se ha ordenado el traslado de la justiciable hacia un centro penal, de ser así a partir de cuándo y las razones por las que esta no ha sido llevada aún. De igual forma, el juez ejecutor deberá informar si se han realizado otras actuaciones que incidan en el derecho de libertad personal e integridad física de la favorecida, puntualizando su estado actual.

3. Requerir al juez que tenga a su cargo el proceso penal certificación de: i) acta de audiencia inicial y su respectiva resolución; ii) del auto de instrucción, iii) de las gestiones realizadas para el traslado de la imputada de las bartolinas de la dependencia policial en la que

se encuentra privada de libertad hacia un centro penal; iv) cualquier otra actuación que permita analizar el reclamo planteado por la solicitante.

Lo anterior deberá ser atendido por la autoridad dentro del plazo dispuesto para ello en el inciso 3° del artículo 71 LPC, es decir, el mismo día en que sea intimada por el juez ejecutor.

4. Indicar la condición actual de la señora A.B. respecto a su libertad física.

5. Presentar un informe en el que se pronuncie sobre la lesión constitucional alegada, en el plazo dispuesto en el artículo 66 LPC, es decir, dentro de los cinco días de intimada la autoridad demandada.

IV. 1. Por otra parte, en esta resolución también es procedente solicitar, con fundamento en los artículos 11 y 12 de la Constitución, informe de defensa a la autoridad demandada en el presente hábeas corpus, en este caso al Juez de Primera Instancia de San Sebastián, el cual deberá remitirse a esta Sede dentro de los tres días hábiles siguientes contados a partir del acto de intimación que realice el juez ejecutor designado, debiendo en él pronunciarse sobre la vulneración constitucional alegada por la peticionaria y adjuntar certificación de la documentación que considere pertinente.

2. Asimismo, la citada autoridad informará el estado actual del proceso penal instruido en contra de la favorecida y su situación jurídica respecto a su derecho de libertad personal y los motivos por los que no ha sido trasladada a un centro penal; debiendo comunicar cualquier decisión que incida en el referido derecho, con su respectiva certificación y notificaciones.

Debido a la naturaleza del proceso que nos ocupa, el cual debe ser expedito y no cargado de formalismos, la autoridad debe remitir cualquier información que se les requiera de forma

oportuna y completa; pudiendo esta Sede pronunciarse con posterioridad en caso de incumplimiento de tales obligaciones.

V. A partir de lo propuesto por la peticionaria y considerando que el cuestionamiento está relacionado con un tema de posible vulneración a la libertad personal de la señora A.B. este Tribunal estima necesario examinar la posibilidad de decretar una medida precautoria.

1. Es preciso indicar que en el proceso de hábeas corpus no se prevé la adopción de medidas cautelares; no obstante ello esta Sala, en reiterada jurisprudencia, ha aplicado analógicamente el art. 19 LPC referido al proceso de amparo y, con base en el mismo, ha afirmado la posibilidad de decretar tal tipo de medidas, particularmente por la necesidad de anticipar una mejor protección de los derechos fundamentales objeto de tutela, particularmente cuando respecto de la limitación a la libertad se podría encontrar comprometido el derecho a la salud.

2. Ahora bien, la adopción de esta supone la concurrencia de al menos dos presupuestos básicos: la probable existencia de un derecho amenazado o apariencia de buen derecho y el daño que ocasionaría el desarrollo temporal del proceso o peligro en la demora.

Respecto al primero, se ha invocado vulneración a derechos de la favorecida pues se alega que se le ha decretado detención provisional sin considerar sus arraigos, que se encuentra mal de salud y aspectos de género y que además no ha se ha señalado una audiencia especial requerida para conciliar.

En referencia al segundo, este implica el riesgo de que el desplazamiento temporal del proceso suponga un obstáculo para la materialización efectiva de una eventual sentencia estimativa, impidiendo de esa forma la plena actuación de la actividad jurisdiccional y la tutela efectiva del derecho conculcado.

Sobre dicho requisito esta Sala advierte que, según la exposición de las circunstancias fácticas planteadas en la solicitud podría poner en riesgo sus derechos por el transcurso del tiempo que dure la tramitación de este proceso constitucional y a fin de garantizar los efectos materiales de la decisión definitiva que se emita, se justifica la implementación temporal e inmediata de una medida cautelar, que permita asegurar razonablemente las condiciones en la que se encuentra aquel.

3. En consecuencia se considera que la medida cautelar necesaria para garantizar los derechos de la favorecida es que el Juez de Primera Instancia de San Sebastián, o la autoridad a cargo de su proceso penal, haga las gestiones necesarias y urgentes para determinar el estado de salud de la señora A.B.

Además deberá verificar si la resolución que impuso la detención provisional evaluó su estado de salud, los riesgos que puede generar el COVID-19 en personas que se encuentran en bartolinas policiales, sus arraigos y su condición de mujer encargada del cuidado de tres niños menores de edad, según el reclamo planteado, y determinar, en resolución fundada, si la medida cautelar debe mantenerse o si puede imponerse alguna que garantice mejor todos los derechos e intereses involucrados; las anteriores son medidas precautorias excepcionales en tanto, por la situación actual que se vive en el país a raíz de la pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud, el tiempo que dure este proceso constitucional puede afectar irremediablemente los derechos fundamentales de la privada de libertad.

Se aclara que durante la vigencia de la medida cautelar dictada, la Sala podrá valorar el cambio o modificación de esta, conforme reciba la información que se solicita en la presente resolución.

VI. 1. La niña A.A. señaló para recibir notificaciones una dirección fuera del domicilio de esta Sala, así como también indicó números de teléfonos celulares los cuales no son un mecanismo idóneo para realizar el acto de comunicación por cuanto no es posible acreditar su verificación, pero dado que se cuenta con la dirección de correo electrónico utilizado por aquella para enviar su solicitud de exhibición personal, la Secretaría de esta Sala deberá tomar en cuenta la misma para efectuar las respectivas comunicaciones; sin embargo de advertirse alguna circunstancia que imposibilite la notificación que se ordena practicar a través de dicho medio, se autoriza que proceda a realizarla considerando otras opciones dispuestas en la legislación procesal pertinente que fueren aplicables, debiendo hacer las gestiones necesarias para cumplir tal fin.

En razón de que la peticionaria es una niña de 10 años de edad, es necesario requerirle a la Secretaria de esta Sala que, al hacerle saber la presente resolución, se le explique con un lenguaje claro y sencillo el contenido de la misma para facilitar su comprensión.

2. Finalmente es procedente, de conformidad con el artículo 220 de la LEPINA, solicitar a la señora Procuradora General de la República que delegue a un profesional para que le brinde asistencia legal y acompañamiento a la niña A.A. durante la tramitación de este proceso constitucional, quien a su vez deberá remitir informe a esta Sala sobre la actuación realizada en el mismo.

POR TANTO, con base en las razones antes expuestas y de conformidad con los artículos 11 inciso 2º y 12 de la Constitución; 19, 26, 43, 44, 45, 46, 71 de la Ley de Procedimientos Constitucionales; 220 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; esta Sala **RESUELVE:**

1. *Decretase auto de exhibición personal* a favor de la señora A.B. y para su diligenciamiento se nombra como juez executor a la licenciada María Magdalena Flores Orellana, Jueza Segundo de Sentencia de Zacatecoluca, La Paz; quien intimará al Juez de Primera Instancia de San Sebastián y deberá rendir su informe en los términos expuestos en el considerando III de la presente decisión.

2. *Requíerese* a la autoridad demandada que, en el plazo de tres días contados a partir de la intimación que realice la juez ejecutora nombrada, rinda informe de defensa en los términos expuestos en el considerando IV de este pronunciamiento, junto con la certificación de la documentación en la que funden sus aseveraciones.

3. *Solicítese* al Juez de Primera Instancia de San Sebastián o a aquel que tenga a cargo el proceso penal, que informe su estado actual y la situación jurídica de la referida imputada, en relación con su libertad personal, debiendo comunicar cualquier decisión que incida en tal derecho.

4. *Decretase* a favor de la señora A.B. la medida cautelar relacionada en el considerando V.3 de este proveído y, en consecuencia, ordenase a la autoridad correspondiente que dé cumplimiento a ella de la forma descrita en esta resolución, quién además deberá informar en plazo de cinco días contados a partir del siguiente al de la notificación, sobre su cumplimiento.

5. *Requíerese* a la Procuradora General de la República la delegación de profesional que le brinde asistencia legal y acompañamiento a la niña A.A. durante la tramitación de este proceso constitucional, quien a su vez deberá remitir informe a esta Sala sobre la actuación realizada en el mismo.

6. *Notifíquese* de conforme a lo señalado en el considerando V de esta decisión.



ANEXO N°2

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS.

TEMA: CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO Y SU EJERCICIO.

Entrevista no estructurada dirigida al Licenciado José Marvin Magaña Avilés, Juez del Juzgado Especializado de la Niñez y Adolescencia de la ciudad de San Miguel.

Objetivo: Obtener información sobre las diferentes posturas en cuanto a la temática de la capacidad progresiva del niño, niña y adolescente.

Indicación: Conteste las interrogantes que a continuación se le plantean según su conocimiento sobre el tema de investigación.

- 1- ¿Qué es la capacidad progresiva, con la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia?
- 2- ¿Qué opina sobre el derecho de participación y el principio del ejercicio progresivo de las facultades que poseen los niños, niñas y adolescentes?
- 3- ¿En qué consiste el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes?
- 4- ¿Considera que en el porcentaje o el número de expedientes existenciales hasta el día de hoy, se ha aplicado efectivamente la capacidad progresiva?
- 5- ¿Cómo incide el interés superior del niño, niña y adolescente en los procesos tanto administrativos como judiciales?

6- ¿Qué acciones o actos puede el niño o adolescente ejercer por sí mismo en base al desarrollo progresivo y derecho de ser escuchado para tomar en cuenta su opinión en la decisión que se tiene en la causa?



ANEXO N° 3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS.

TEMA: CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO Y SU EJERCICIO.

Entrevista no estructurada dirigida al Licenciado Saúl Alberto Zúniga, Juez del Juzgado Segundo de Familia de la ciudad de San Miguel.

Objetivo: Obtener información sobre las diferentes posturas en cuanto a la temática de la capacidad progresiva del niño, niña y adolescente.

Indicación: Conteste las interrogantes que a continuación se le plantean según su conocimiento sobre el tema de investigación.

- 1- ¿Cuáles son los nuevos mecanismos para garantizar la participación de la niñez y adolescencia en el Juzgado de Familia?
- 2- ¿Cuál es el rol del representante legal o judicial del niño, niña y adolescente en los procesos?
- 3- ¿Considera que en el porcentaje o el número de expedientes que existen hasta el día de hoy, se ha aplicado efectivamente la capacidad progresiva?
- 4- ¿Cómo incide el interés superior del niño, niña y adolescente en los procesos tanto administrativos como judiciales?
- 5- ¿Qué actos puede realizar el niño, niña o adolescente por su cuenta, en uso del derecho de la capacidad progresiva?

6- Según su criterio ¿Se le debe permitir a los NNA opinar o participar de alguna forma en los procesos?



ANEXO N° 4

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS.

TEMA: CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO Y SU EJERCICIO.

Entrevista no estructurada dirigida al CONNA de la ciudad de San Miguel.

Objetivo: Obtener información sobre las diferentes posturas en cuanto a la temática de la capacidad progresiva del niño, niña y adolescente.

Indicación: Conteste las interrogantes que a continuación se le plantean según su conocimiento sobre el tema de investigación.

- 1- ¿Cuáles son los factores (económicos, sociales, culturales, entre otros.) que hacen efectivo el ejercicio de los derechos sociales de los adolescentes?
- 2- ¿Cuáles son los derechos que se les reconocen a los niños, niñas y adolescentes?
- 3- ¿Qué situaciones cotidianas son percibidas por los niños, niñas y adolescentes como vulneradoras de sus derechos?
- 4- ¿En qué espacios o escenarios aprenden más sobre sus derechos?
- 5- ¿Qué avance supone dentro de un núcleo familiar social que las niñas, niños y adolescentes ejerzan directamente sus capacidades legales ante una autoridad judicial?

6- ¿Qué ha hecho el CONNA sobre la reeducación de la población en garantizar el derecho del desarrollo progresivo de los NNA en todas circunstancias, no como objeto sino como sujetos de derechos y con potestad de ejercicio?



ANEXO N° 5

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD MULTIDISCIPLINARIA ORIENTAL

DEPARTAMENTO DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES.

PROCESO DE GRADUACIÓN DE LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS.

TEMA: CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO Y SU EJERCICIO.

Entrevista no estructurada dirigida al ISNA de la ciudad de San Miguel.

Objetivo: Obtener información sobre las diferentes posturas en cuanto a la temática de la capacidad progresiva del niño, niña y adolescente.

Indicación: Conteste las interrogantes que a continuación se le plantean según su conocimiento sobre el tema de investigación.

- 1- ¿Cuáles son los factores económicos, sociales, culturales entre otros que hacen efectivo el ejercicio de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes?
- 2- ¿Cuáles son los Derechos que se les reconocen a los niños, niñas y adolescentes?
- 3- ¿Qué situaciones cotidianas son percibidas por las niñas, niños y adolescentes como vulneradoras de Derechos?
- 4- ¿En qué espacios o escenarios aprenden más sobre sus derechos?
- 5- ¿Qué avance supone dentro de un núcleo familiar social que las niñas, niños y adolescentes ejerzan directamente sus capacidades legales ante una autoridad judicial?

6- ¿Cuál es su criterio sobre la actuación por sí del NNA en los actos y procedimientos?