

LEPINA comentada de El Salvador Libro Primero

Yuri Emilio Buaiz Valera
-Consultor-



LEPINA comentada de El Salvador Libro Primero



**Elaboración y coordinación de proyecto,
revisión de estilo**

Lic. José Alberto Franco Castillo

Ordenamiento de texto

Lic. José Alberto Franco Castillo

Diseño y diagramación

Talleres Gráficos UCA

Primera edición: 2011

El material publicado es de exclusiva responsabilidad de su autor.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia comentado de El Salvador,

Libro Primero, en su Primera edición fue realizada por el Consejo Nacional de la Judicatura

y Fundación Privada Intervida de El Salvador. Se terminó de imprimir en el mes de Noviembre de 2011 en Talleres Gráficos UCA.

Consta de 3000 ejemplares (impresión off set).

Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador

Final Calle Los Abetos No. 8, Colonia San Francisco, San Salvador, El Salvador

Tels.(503) 2245-2449, 2245-5260 y 2245-4491

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

Presidente

Lic. Tito Edmundo Zelada Mejía

Consejales Propietarios/a

Lic. Manuel Francisco Martínez

Lic. Alcides Salvador Funes Teos

Lic. Jorge Alfonso Quinteros Hernández

Lic. Luis Enrique Campos Díaz

Licda. Marina de Jesús Marengo de Torrento

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”

Dr. Héctor Ramón Torres Reyes – Director

Lic. José Hugo Granadino Mejía – Sub Director

FUNDACIÓN PRIVADA INTERVIDA DE EL SALVADOR

Dr. Carlos Ramos- Director Fundación Interior

Dr. Mario Iraheta-Coordinador Técnico de Proyectos

Licda. Haydee Cartagena-Responsable sector de protección y derechos de la infancia

Índice

PROLOGO	13
Acrónimos	15
I.El Derecho de Menores y la Situación Irregular:	19
1.Razones para su reconstrucción Histórico-social y jurídica	19
2.Hipótesis que explican el nacimiento de la Situación Irregular	20
2.1 Los menores en el Derecho Romano	20
2.2. Primera Hipótesis de nacimiento de la Situación Irregular:	
Antes del Siglo XVII la Infancia no existe.	22
2.3 Segunda Hipótesis: La Escuela	23
2.4.....Tercera Hipótesis: El proceso de incapacitación social de los Niños: la construcción jurídica de la	
minoridad objeto de tutela	24
II.El Paradigma Tutelar:	27
1.La Doctrina de Situación Irregular. Definición	27
2.Características de la Situación Irregular	28
III.La práctica tutelar. Casos orientadores para su superación en la cultura	
social, institucional y judicial	33
I.Introducción a los derechos humanos de la niñez:	39
1. Resumen de antecedentes a la protección integral de los derechos de la niñez	39
II.Los Derechos de los Niños como parte integral del Derecho de los Derechos Humanos	40
1.Historia	40
1.1La Convención sobre los Derechos del Niño y el cambio de paradigma	41
2.Las Providencias o medidas de efectividad derivadas de la	
Convención sobre Derechos del Niño	43
2.1Tipos de medidas de efectividad.	44
3.Adecuaciones legislativas internas de los instrumentos internacionales de derechos humanos	46
III.Definición de Protección Integral. Elementos que la constituyen	50
1.Elementos para la elaboración de un concepto de Protección Integral:	50
IV.Principios de Protección Integral a los Derechos de la Niñez y Adolescencia	56
1. La Igualdad o no discriminación	56
2. El Interés Superior del Niño	59
3. La Efectividad:	63
4. La Prioridad Absoluta	65
5. La Corresponsabilidad o principio de solidaridad social	67
5.1La participación de los niños, niñas y adolescentes	68
5.2 Las obligaciones del Estado	70
5.3 Responsabilidades de las familias	78
5.4 Responsabilidad de la Sociedad.	79
I. Importancia y finalidad	83
II. TITULO PRELIMINAR	85
I. Relación de los Principios Rectores con la Doctrina de Protección Integral.	99
II.Los Principios de Derechos Humanos: metaderechos	100
III.Los principios rectores de protección Integral contenidos en la LEPINA.	
Consideraciones, Análisis y ejemplos prácticos	104
2.La excepción en la aplicación del interés superior del niño	118

3.La interpretación/aplicación del principio	119
PRINCIPIOS RECTORES	130
I.Introducción a los capítulos subsiguientes	137
II.La Supervivencia, la vida y el nivel de vida digno	138
II.Título I. "Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral"	140
3.1 Relación normativa y con otras disposiciones de la Ley	141
IV.Capítulo I: Derecho a la Vida. Consideraciones y Análisis	142
V.Capítulo II: Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente. Consideraciones y Análisis	151
LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN	185
I.Introducción necesaria	187
DERECHOS DE SUPERVIVENCIA, ...	188
DESARROLLO Y PARTICIPACION	188
DERECHO DE PROTECCION	188
II.La Protección Especial en la LEPINA:	189
1.Desarrollo y Estructura normativa.	189
DERECHO Y PROTECCION ESPECIAL A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	192
EL DERECHO	192
LA PROTECCIÓN ESPECIAL	192
2.1 El derecho a la integridad personal:	195
DERECHO Y PROTECCION ESPECIAL A LA LIBERTAD DE TRANSITO	203
DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	203
EL DERECHO	203
LA PROTECCION ESPECIAL	203
3.Derecho y Protección Especial a La Libertad de Transito de Niñas, Niños y Adolescentes	205
3.2 Protección Especial a la Libertad de Tránsito	210
DERECHO Y PROTECCION ESPECIAL AL HONOR, IMAGEN, VIDA PRIVADA E INTIMIDAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	218
EL DERECHO	218
LA PROTECCION ESPECIAL	218
5.Derecho de Refugio y Asilo	224
7.Protección en casos de Desastres y Conflictos Armados	237
.....	242
8.Protección contra el Abuso, Explotación Sexual y otras formas de Explotación	242
9. La Protección Especial de la Persona Adolescente Trabajadora	248
9.1 La estructura del Capítulo II y el propósito legislativo sobre el Trabajo de niñas, niños y adolescentes	248
9.2 Consideraciones breves sobre Protección y Erradicación del Trabajo de la niñez y la adolescencia.	250
4.- Delimitación de la trascendencia social de la medida de protección	276
4.2 Trascender la visión singular del problema individual	278
4.3 Abordar la realidad circundante	279
4.4 Centrar las responsabilidades de la atención y protección de los derechos de los niños y adolescentes	281
4.5 Idear el recorrido programático-social de la medida de protección	283
11.Protección Especial. Complejidad práctica de la Taxatividad o restricción.	

Análisis, comentarios	285
DERECHOS AL DESARROLLO	287
Capítulo VII	287
-Personalidad, Identidad, Educación, Cultura, Descanso y Recreación-	287
I.Introducción	289
1.Estructura del TÍTULO III	290
II. Capítulo I: De la Personalidad	291
III.Consideraciones doctrinarias socio jurídicas sobre la Identidad. Concepto, Naturaleza y Alcance, Identificación. Registro Civil y Registro Hospitalario	296
Introducción	297
1.Definición y alcance del Derecho a la Identidad Civil	299
2.- La Identidad en las normas Internacionales de Derechos Humanos	300
4. La Identidad en la LEPINA	305
Derecho a la Identificación:	306
-Derecho del recién nacido a ser inscrito en el Registro del Estado Familiar	308
2. Los mecanismos para el cumplimiento del derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes	309
-Inscripción oportuna de Niños y Adolescentes	309
-Una propuesta de mecanismo garantista del derecho a la identidad: Las Unidades Hospitalarias de Registro Familiar de Nacimientos –UHRFN-	310
- Declaración de nacimientos en instituciones públicas de salud	312
- Plazo para la Declaración de Nacimientos	313
- La Gratuidad de la partida de nacimiento	315
3.La Protección en caso de amenaza o violación del derecho a la Identidad.	316
4. Las normas sancionatorias en caso de violación del derecho a la identidad o a uno de sus elementos.	318
5. Derechos a la Educación, Cultura, descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego	321
DERECHOS DE PARTICIPACIÓN	343
Capítulo VII	343
-Petición, Expresión, Información, Reunión, Pensamiento, conciencia y religión. Protectores especiales- 343	
I. Derecho de Participación:	345
a. La ciudadanía progresiva de NNA y los Derechos de participación	345
b. Derechos de Petición, expresión, opinión e información. Alcance.	354
Naturaleza. Contenidos.	354
Título III	355
Derecho al Desarrollo	355
Capítulo I	355
De la Personalidad	355
DEBERES DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	369
Capítulo IX	369
I. Derechos y Deberes	371
a. Marco conceptual.	371
c. El Sistema de relaciones derecho-deber en los Derechos Humanos	372
c.El problema de la correlatividad derechos/deberes en referencia a los derechos humanos	372
d.Distinción necesaria entre sujeto de derechos y sujeto de deberes	374
II. Título V de la LEPINA: Artículos 101 y 102.	376

b. Análisis y consideraciones particulares sobre los deberes de NNA en la LEPINA.	
Algunas hipótesis o casos prácticos.	376
c. La naturaleza Jurídica de los deberes de los niños	377
d. Elementos para la construcción de un criterio de progresividad en el cumplimiento de los deberes por parte de niños y adolescentes	379
d.1 Diferencias jurídico-sociales entre los deberes de los niños y deberes de los adolescentes	380
Los deberes en las niñas y los niños	380
Los Deberes en los adolescentes	381
d.2 Las Responsabilidades de los Adultos	383
e. De la represión y autoritarismo a la disciplina consciente para el cumplimiento de los deberes	384
III. El incumplimiento de deberes por parte de las niñas, niños y adolescentes y las medidas de protección	387
IV. Los niños y adolescentes tienen el deber de defender sus derechos	388
V. Los deberes como responsabilidades individuales y sociales de los niños y adolescentes	389
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	391
Capítulo X	391
BIBLIOGRAFIA	405

PRESENTACIÓN

Describir –mediante la doctrina y la jurisprudencia nacional y comparada– la importancia de las diversas formas de interpretación de la novísima Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA) y las posibilidades de acceso al servicio de justicia para la totalidad de niñas, niños y adolescentes que integran la sociedad salvadoreña, son dos de los propósitos centrales de la primera edición de la “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia comentada de El Salvador. Libro Primero”.

La publicación de esta obra es otro esfuerzo editorial del Consejo Nacional de la Judicatura, a través de su Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, concretado con el apoyo técnico y financiero de la Fundación Privada Intervida de El Salvador, en un contexto en el que la corriente de reforma judicial, en el ámbito de niñez y adolescencia, es de gran alcance estratégico en el proceso de modernización del sistema de administración de justicia, específicamente en las jurisdicciones de: Niñez y Adolescencia, Familia, Violencia Intrafamiliar, Laboral, Penal Juvenil y de las instituciones integrantes del Sistema Nacional de Protección Integral de la población más joven, tales como el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (CONNA) e Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia (ISNA) y otras entidades públicas que están frente a la necesidad y posibilidad de avanzar en una profunda y prometedora transformación de la calidad y eficacia del servicio público de la justicia.

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada de El Salvador. Libro Primero responde al reto de –y constituye un ejercicio académico orientado a– generar un impacto conceptual y pragmático, pensado para innovar y eficienciar la función pública de administrar justicia, basada en el respeto a la Doctrina Internacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia e impulsar la gama de principios modernos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta obra potencia y desarrolla la relevante misión de contribuir a superar caducas prácticas del modelo tutelar, filantrópico o asistencialista, que no deben continuar más, por contrariar la Constitución de la República de El Salvador y los principios modernos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el texto se aborda únicamente el Libro Primero de la LEPINA. Así, el primer capítulo relata los antecedentes históricos y la doctrina de la tutela del Estado hacia los menores. El segundo capítulo se introduce en los derechos humanos de la niñez y adolescencia, así como en la Doctrina de la Protección Integral. El tercer capítulo implanta la LEPINA y su libro primero, desarrollando la importancia, finalidad y disposiciones preliminares. El capítulo cuarto detalla y analiza los principios en la LEPINA. El quinto capítulo introduce el estudio de los Derechos de Supervivencia. El sexto, versa sobre los derechos de protección y la protección especial en la LEPINA. El Capítulo séptimo, introduce los Derechos al Desarrollo, que incluye la personalidad, identidad, educación, cultura, descanso y recreación. El capítulo octavo incorpora lo relativo al Derecho de Participación, que contiene la petición, expresión, opinión, información, reunión, pensamiento, conciencia y religión, así como protecciones especiales. El capítulo noveno agrega lo relativo a los Deberes de las niñas, niños y adolescentes. Finalmente están las conclusiones y recomendaciones donde –para facilidad de quienes lean con acuciosidad– se incluye un análisis sobre la realidad nacional y el grado de cumplimiento del Estado

Salvadoreño frente a las observaciones del tercer y cuarto informe de país del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Es muy oportuno y merecido destacar que el CNJ agradece y reconoce el distinguido esfuerzo académico del profesional que trabajó la obra: el Dr. Yuri Emilio Buaiz Valera, venezolano y consultor de UNICEF para América Latina y el Caribe.

Estimular el análisis, provocar la discusión y orientar la práctica jurídica hacia una justicia integral, como factor esencial de avance y desarrollo de la sociedad salvadoreña en el Estado Constitucional de Derecho, es uno de los principales propósitos de nación al que busca contribuir el Consejo Nacional de la Judicatura, con la primera edición de esta obra que hoy hace llegar a usted.

CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA

**“Quizá sea el momento de acudir a la cita
con la infancia de veras y sus duendes de nunca....”**

Mario Benedetti

DUENDES DE NUNCA

PROLOGO

El Salvador, un país con menos de 22.000 Km² y menos de 6 millones de habitantes, que en su mapa asemeja una composición celular que se acerca tímidamente al Mar Pacífico, cargado de historia desde los más remotos tiempos precolombinos; es una joya de Centroamérica, de pueblo humilde y trabajador, forjando su futuro en medio de volcanes naturales y otros volcanes, los sociales, que han marcado un devenir de acontecimientos dando forma a su piel histórica; hoy día se presta a iniciar el rumbo de la dignidad humana y social de sus más pequeños hijos e hijas; las niñas, los niños, las y los adolescentes.

Ciertamente, El Salvador se apresta con denuedo a implementar la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia –LEPINA–, que constituye el cuerpo normativo más importante que en aras de la efectividad de los derechos humanos de esta población, haya acordado el país en su historia. Aunque sean muchos los que afirmamos que la Ley es una condición importante, más no determinante en la afirmación y materialización de los derechos fundamentales de la persona humana; este paso legislativo y las subsiguientes políticas de implementación, acompañadas de la difusión y concientización para las transformaciones sociales, institucionales y culturales acordes con la Convención sobre los Derechos del Niño; se erigen como aspectos concomitantes para apuntar en la correcta dirección de prevalencia de la niñez y adolescencia en el presente y futuro más cercano. Por ello, no dudamos en afirmar que la LEPINA es una ley tanto más importante para un país como El Salvador, cuanto más necesaria y urgida ha sido su historia.

El CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA Y LA FUNDACIÓN INTERVIDA de El Salvador, me han brindado la oportunidad, y al tiempo el honor de ser parte de los esfuerzos que denodadamente hace el país en la implementación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia. A través de la institución de la judicatura y de Intervida, se ha programado un Plan de Formación de los operadores de justicia para la más cónsona aplicación de este cuerpo normativo que entró en vigencia total el primero de enero de 2011. Parte del mismo consiste en diversas publicaciones destinadas al análisis de toda la LEPINA, iniciando con su Libro Primero sobre Derechos, Deberes y Garantías que hoy presentamos a la consideración del sector justicia.

En la concepción de la Obra hemos utilizado una metodología que conjuga los aspectos conceptuales (teórico-doctrinarios), con el derecho comparado, la jurisprudencia e hipótesis o aspectos prácticos, que con sincera humildad esperamos sean de utilidad en los primeros pasos de la aplicación judicial de la Ley. La investigación documental, y los análisis comentados de todos y cada uno de los artículos que comprenden el Libro Primero de la LEPINA, hemos procurado acompañarlos de referencias a situaciones presentes en el país, y en otros países de la Región de América Latina y El Caribe, con similitudes legislativas de protección a la niñez y adolescencia. De igual forma, la redacción procura un recorrido pedagógico que hace uso de técnicas y lenguajes que combinan los aspectos de las ciencias jurídicas con las ciencias sociales; siempre en el entendido que la materia está intrínsecamente construida sobre bases sociológicas y culturales, además de las legales. Todo ello ha tenido como apunte basal y orgánico la doctrina de protección integral de la niñez de las Naciones Unidas, y en particular los instrumentos internacionales ratificados por El Salvador, entre ellos la Convención sobre Derechos del Niño, sus dos protocolos adicionales, Los pactos internacionales de Derechos

Civiles y Políticos y el de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, además de Resoluciones y Directrices del Sistema Internacional de derechos Humanos, como son las Reglas de Beijing, Las Directrices de Riad, entre otros, y las claras observaciones del Comité de Derechos del Niño de Ginebra. De esa manera, prevalece en el desarrollo de la obra el enfoque de derechos humanos, equidad de género y justicia social. Pero, modestamente consideramos que esta Obra servirá tanto para los operadores de justicia como para el resto de los órganos del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, creados en la LEPINA, y aún más, para el público en general, interesado sin dudas en la preeminencia de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes. Por ello, aspiramos sea además de una Obra de consulta judicial, un texto de referencia para maestras y maestros, autoridades administrativas, familias, organizaciones no gubernamentales y, en fin, de consulta general.

Desde el año 2000 he estado vinculado presencialmente a este país, por razones de asistencia humanitaria en situaciones de desventaja y desastres naturales, cooperando a través del UNICEF con los programas y proyectos de recuperación y con los esfuerzos en el diseño de políticas de protección en el Municipio San Salvador, luego en los primeros intentos de elaboración de proyectos de la Ley de Niñez y Adolescencia, y en acompañamiento a la Procuraduría General de la República para la creación y funcionamiento de Defensorías, y en proyectos de Registro Civil e Identidad, oportunidad en la que tuve el honor de conocer al padre Jon Cortina, quien me impactó por su humilde presencia, sabias y bravías palabras, e incansable lucha por la reunificación familiar y la identidad de miles de niñas y niños víctimas de la guerra. Más tarde, en 2008, continuó mi vinculación a El Salvador, a través de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" y el UNICEF, preparando las condiciones y capacitación de abogadas y abogados en los derechos de la niñez y adolescencia, ante la inminente aprobación de la LEPINA. Antes de esta década, desde la segunda mitad de los años 70 y en los 80 me unió desde la lejanía geográfica, pero en la cercanía humanitaria, la solidaridad desde Venezuela en favor de los derechos humanos, especialmente por la denuncia sobre las desapariciones de niñas y niños. Alguna vez escribí, recuerdo, que este país, no siendo mío, me duele un dolor de siglos, los que lleva a cuestas buscando su mejor vivir. Junto al dolor humano, y en la reflexión de conciencia, el amor ocupa el preciso lugar de la solidaridad, desde el lugar en que nos encontremos; unidos por la cultura y la historia común que nos hermana, sin hacer caso a ese invento de fronteras, que sólo existen en las cuadrículas geográficas, pues nunca lograrán minar el alma.

Con este acercamiento personal, desde mi historia individual a la historia colectiva del pueblo salvadoreño, y lleno de profundas reflexiones, con el amor como afluente de la solidaridad; me he dispuesto a presentar la Obra comentada del Libro Primero de la LEPINA, en la seguridad que las incorrecciones en que pude haber incurrido, serán subsanadas por la inteligencia de los operadores de justicia del país.

Una poesía de Roque Dalton dice que "El Salvador será un lindo y (sin exagerar) serio país..." y parafraseándolo, aún sin que el poeta pueda autorizarnos, decimos que en la decisión y práctica real de los derechos de la niñez y adolescencia de este país, El Salvador, ha iniciado el camino de ser un país más lindo y (sin exagerar) mucho más serio a partir de la sonrisa que brinde la alegría de niñas y niños seriamente felices.

Acrónimos

ACNUR- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
ALC -América Latina y el Caribe
APIS- Atención Primaria Integral en Salud
CDN – Convención sobre los Derechos del Niño
CNJ – Concejo Nacional de la Judicatura
CRBV -Constitución de la República Bolivariana de Venezuela
DDHH - Declaración Universal de Derechos Humanos
DNI –Defensa de los Niños Internacional
IIDH- Instituto Interamericano de Derechos Humanos
LEPINA -Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia
LOPNA -Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y del Adolescente
NNA – Niñas, Niños y Adolescentes
OIT - Organización Internacional del Trabajo
OMS - Organización Mundial de la Salud
ONG – Organización No Gubernamental
ONU –Organización de Naciones Unidas
PGR –Procuraduría General de la República
PA -Planes de Acción
POA –Planes Operativos Anuales
PINA -POLÍTICA INSTITUCIONAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
UHRCN -Unidades Hospitalarias de Registro Civil de Nacimientos
UN- Naciones Unidas
UNICEF – Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Capítulo I

Antecedentes historicos

-La Doctrina de La Tutela del Estado a los Menores-

I. El Derecho de Menores y la Situación Irregular:

1. Razones para su reconstrucción Histórico-social y jurídica

Entender plenamente los cambios paradigmáticos en el orden legislativo, institucional y social que expresa la nueva doctrina de protección integral de las Naciones Unidas, resultará de un ejercicio de estudio en las raíces históricas más recientes que dieron surgimiento al tratamiento diferenciado de la niñez y adolescencia.

Sin duda que ya hoy día en el espectro de las ciencias jurídicas y sociales, la aceptación del paradigma de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia constituye un avance de significación casi universal. No obstante, tal relevancia pasa a ser debatida diariamente en gran parte de los ámbitos universitarios, judiciales, legislativos, de política y gestión social, y en particular en el ámbito judicial. Más allá de las controversias que ocasiona la irrupción del nuevo paradigma de la protección de derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, emerge una práctica y una conducta institucional, generando una dicotomía (y francas contradicciones), entre las normas y postulados de estas ciencias (deber ser), y la conducta individual, comunitaria, institucional y social en general (el ser). En síntesis, paradigma normativo, filosófico y social de la protección integral a los derechos de la niñez y adolescencia, son retados (muchas veces enfrentados), por una práctica propia de la ideología y cultura de la situación irregular, que se supone vencida por la primera.

Para las instituciones y poderes públicos del Estado resulta un reto interiorizar el cambio de paradigma, posible no sólo en los cambios legislativos –como se explicará en esta misma edición–, si no fundamentalmente en transformaciones institucionales que hagan posible la materialización de una conducta de Estado diametralmente diferenciada de la tutela minoril. Lo antes dicho es quizás el fundamento que explica que la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia del país –LEPINA– exprese en su exposición de motivos que “...Todo lo anterior responde al planteamiento de un nuevo paradigma: la superación y sustitución de la muy arraigada práctica social y legislativa de la “situación irregular” por aquella de la “protección integral”. Por supuesto que ello envuelve la revisión intrínseca de procesos y procedimientos, políticas de Estado, especialmente las políticas públicas en la especialidad de niñez y adolescencia, entre otras, pero también comprende una ideologización del paradigma, entendiendo por tal la concienciación de la injusticia del paradigma a superar, y la internalización consciente del paradigma a asumir.

Para tal propósito de formación y conciencia, igual que para obtener un acercamiento a la visión actual del tratamiento temático y doctrinario de la protección de derechos humanos de la niñez y adolescencia; precisamos sin duda de incorporar elementos históricos que expliquen la construcción (desconstrucción) de este grupo y de su hábitat social, al tiempo mismo en que se ocurrían transformaciones determinantes que marcaron, de igual manera, determinantes contradicciones en y para el mundo de los niños.

Aproximarnos a la reconstrucción histórica, social y jurídica de la doctrina de la tutela o de situación irregular interesa de igual manera para saber de dónde deviene la injusticia de la misma, al tiempo que aporta los argumentos de evolución sociojurídica de la doctrina de protección integral, y marca la conciencia segura del camino a seguir en el nuevo rumbo de la superación de las causas de los conflictos sociales por los que atraviesan niñas, niños y adolescentes, y sus familias, violentados en sus derechos fundamentales.

Por ello, resulta necesaria una breve retrospectiva histórica antes de conocer la justeza del nuevo paradigma de derechos humanos, en que se funda la actual Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de El Salvador.

2. Hipótesis que explican el nacimiento de la Situación Irregular

El proceso de evolución de la niñez, considerado desde una perspectiva de integración social, da cuenta de la intervención de elementos atípicos en el tratamiento de otros seres humanos, pues la historia muestra diáfamanamente que la evolución de la categoría social “niñez” como colectivo, a través de lo que podríamos denominar una categoría de invención social: La Infancia, que configura una expresión objetiva de la evolución (o regresión) social de su tratamiento y marca parte de la condición y el cruel papel histórico que le ha tocado desempeñar en el decurso de los últimos tres siglos, con especial acento en el siglo XX.

La naturaleza de esta visión histórica de manera alguna puede ni debe estar desfasada de un enfoque social, también de carácter retrospectivo tanto por los modelos y/o sistemas sociales en que le ha tocado a la infancia desenvolver su condición y relaciones con la institucionalidad y con la sociedad en general, como por que es precisamente el enfoque histórico-social, el que permitirá, por una parte, una visión crítica de la formación progresiva en el tratamiento a la infancia y adolescencia, y por la otra nos permite ubicar la trascendencia del camino andado en la materia, la importancia de conocer de dónde se viene, en dónde estamos y, posiblemente, hacia donde se enrumbaría un nuevo modelo social, jurídico y político para la protección integral de los niños y adolescentes en este nuevo siglo.

2.1 Los menores en el Derecho Romano

La complejidad histórica del menor tutelado por el Estado, podría tener sus orígenes –aunque salvando las diferencias que explicaremos más adelante– en la identificación del tratamiento de la niñez y minoridad en la denominada era Romana.

En efecto, la niñez y la adultez han tenido tratamientos diferenciados desde tiempos remotos. Por supuesto y lamentablemente para la historia de la infancia, ese tratamiento diferenciado se orientó siempre a la superioridad de la “especie” adulta sobre la niñez, y al mandato y autoritas del resto de la sociedad, incluyendo las instituciones jurídicas y políticas, sobre la vida y el desarrollo de la niñez.

Este tratamiento diferenciado, en lo familiar, se caracterizó de forma fundamental por los modos y pautas de crianza, considerando la subordinación peculiar de la infancia a la adultez, incluso hasta en la decisión de dar continuidad a su vida por razones sociales, familiares u otras, mientras que en lo jurídico, este tratamiento se caracteriza especialmente por las instituciones que justifican desde la ley, la constitución de la propia diferenciación social y familiar.

Una es la diferenciación de la niñez respecto a los adultos, y la superioridad de estos como seres humanos frente a los primeros como objeto de los adultos y la sociedad, y otra no tan distinta (ya que es creada por efecto de la primera), es la diferenciación al interior de la propia categoría de menores.

Si bien los adultos se consideran desde Roma superiores seres que los niños, en la vida de éstos también se insertaron condiciones al interior de la categoría infancia que generaron

severas diferencias en la niñez, no ya desde la visión biológica, sino básicamente desde la consideraciones jurídica, social y familiar. Así, en el tratamiento de los menores se consideró que hay superiores seres que otros de su misma categoría.

Para comprender todo lo anteriormente afirmado, partimos brevemente de la Ley de las XII Tablas (que datan de la primera era Romana, denominada era arcaica, 450 A.C), se manifiesta objetiva y normativamente la "diferencia de los menores de edad" desde lo que podríamos denominar un aspecto eminentemente jurídico, cual es la capacidad jurídica de "los menores" en cuanto al goce y ejercicio. Como se sabe, allí se funda la conocida "capitis deminutio" por razón de la edad.

En el desarrollo del Derecho Romano, se aprecian raíces propias de la incapacidad declarada a los menores de edad, así nacen las figuras de los "sui iuris" que, como se sabe, eran personas en el sentido de capacidad de goce y ejercicio, potestades o facultades propias de un "ser humano", aunque se desconocía la noción de sujetos de derechos, tal como el derecho moderno la instituye, y por otra parte los "alieni iuris", que abarcó a hombres con características contrarias a los primeros, especialmente los "alieni iuris subiectus", que se encontraban en la condición de dependencia absoluta de otras personas, sujetas a su poder o sobre los que los independientes y hombres libres ejercían derechos, bien devenidos de las condiciones sociales y económicas de las castas, bien de la condición de ser "paters familiae", como las mujeres sometidas a la potestad de aquel, los hijos, los esclavos, los sirvientes, hijos, entre otros.

De allí que en Roma, a los niños se les distingue entre púberes e impúberes. Las mujeres entraban en la pubertad a los 12 años de edad, y los hombres desde los 14, regla que se le tenía como norma general y en muchos casos debía someterse al examen corporal para la determinación de tal condición. De esa misma distinción que determinó discriminaciones al interior de la niñez, otras se derivaban en el Derecho Romano, puesto que en el caso del varón púber sui iuris se le imputaba con la cualidad de capacidad plena a los efectos solo del derecho civil, con potestad para contratar, contraer matrimonio, mientras que a las mujeres púberes se les consideró incapaces, con plena sujeción, en todas sus edades, a la tutela del hombre.

En el grupo de los disminuidos en su capacidad por razón de la minoridad que aún no alcanzaban la pubertad se distinguían a su vez los infantes e impúberes mayores que infantes, es decir los más cercanos a la infancia y los más cercanos a la pubertad. En la Era Arcaica, Infantes eran aquellos de menor edad que todavía no habían alcanzado la capacidad de hablar o expresarse de forma coherente. Con posterioridad, en la época clásica, se abandona la idea de Infancia por razón del habla para asumirla como la etapa del menor menos cercano a la pubertad que no comprendía la capacidad de sus actos a aquellos que no pueden aún comprender lo que hacen, para finalmente, en la era post-clásica quedar el límite de edad fijado a los 7 años.

Los infantes son incapaces absolutamente, debiendo actuar por ellos su tutor. Los impuberes infania maiores pueden celebrar actos jurídicos autorizados por su tutor, e incluso pueden tener responsabilidad penal.

A pesar que la "capitis deminutio" fue empleada en Roma básicamente para la determinación de la capacidad jurídica, con énfasis en la capacidad negocial o contractual, las prácticas sociales y familiares hicieron del derecho de los sui iuris un poder familiar capaz de decidir la vida de los menores incapaces con plena libertad, autorizada por el corpus iuris romano. Esta

consideración histórica, Como más adelante ampliaremos tales características diferenciadas de las personas, serán extrapoladas como características principales al derecho de la situación irregular o derecho tutelar de menores, con no ligeras deformaciones.

2.2. Primera Hipótesis de nacimiento de la Situación Irregular: Antes del Siglo XVII la Infancia no existe.

Aries¹ ha profundizado un interesante estudio que hoy día podemos considerar como fundamental para la determinación de los aspectos sociales que contribuyen a la reconstrucción del tratamiento diferenciado de la niñez, y el nacimiento sociofamiliar e institucional de la minoridad. Descubre este autor que en la edad media se evidencian, a través de las pinturas rupestres de la época y en general de la creación artística hasta el Siglo XVII, una muy tenue diferenciación entre niñez y adultez. La mayor diferencia encontrada antes del destete, está relacionada, resumiendo a Aries, en las pautas y modos de crianza, es decir, en el desenvolvimiento en la edad primaria, o primera edad de los y las niñas, puesto que a partir del destete acompañaban en la cotidianidad a los adultos; usaban las mismas ropas que los adultos, ocupaban los espacios públicos, mercados, plazas, etc junto a los adultos, asumiendo actitudes aprendidas en poco tiempo que resultaban similares a las conductas de éstos, incluyendo su incorporación temprana al trabajo y otras faenas propias de los adultos, concluyendo que antes del Siglo mencionado la niñez no existió como categoría social o de tratamiento socialmente diferenciada.

De tal manera que para explicar la extrapolación que da nacimiento a la doctrina de situación irregular, nos remitimos a Emilio García Méndez² que explica con certeza como a través de la perspectiva histórica se evidencia "la relatividad, arbitrariedad y contingencia de los sistemas penales..." y de cómo esta perspectiva en materia de niñez produce similares resultados al presentar "...la compleja construcción social que responde tanto a condicionantes de carácter estructural, cuanto a sucesivas revoluciones en el plano de los sentimientos." Luego de afirmar que la historia de la infancia es la historia de su control, García Méndez refiere el trabajo de Philippe Aries sobre "El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen". En efecto, esta obra contribuye a la construcción de lo que acá llamaremos una PRIMERA HIPOTESIS para la reconstrucción histórico-social de la categoría Infancia.

De acuerdo a esta hipótesis, y siempre resumiendo a Aries, la Infancia pasa a ser algo no menos ni más que un descubrimiento, por cuanto antes del siglo XVII no se le conocía como tal, es decir, como categoría Infancia, siendo que, como lo expresa, "En la Edad Media, a principios de la era moderna y durante mucho más tiempo en las clases populares, los niños vivían mezclados con los adultos, desde que se les consideraba capaces de desenvolverse sin ayuda de sus madres o nodrizas, pocos años después de un tardío destete, aproximadamente a partir de los siete años."³. Demuestra Aries como el niño en el medioevo era desconocido por el arte pictórico, no por torpeza ni por incapacidad de los artistas, ni siquiera por coincidencia. La obra artística antes del siglo XVII está animada por una especie de sentimiento que equipara, más bien asimila, la figura del niño o niña, a la de los adultos, sin rasgos particulares que le culpen de autónomos o categorías apartes, compartimentadas o diferenciadas, a no ser el tamaño de unos y otros.

1 ARIES, Philippe. "El Niño y la Vida familiar en el Antiguo Régimen", pag 431

2 García Méndez, Emilio. Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral, (1994 p. 38)

3 Aries, Philippe. "El Niño y la Vida familiar en el Antiguo Régimen". Conclusión General, p.73

Entendemos entonces como los niños además de aparecer en los retratos (pintura) de la época como adultos pequeños, confundidos entre estos, aparecen también mezclados en la cotidianidad de los adultos, en sus costumbres, en los lugares particulares de los adultos, o éstos en los lugares o momentos de los niños. Esta hipótesis nos reporta inequívocamente el carácter integrado de la familia, y en ella (más no como categoría de ella), los niños. Pero esta misma afirmación nos da cuenta del progresivo efecto fragmentador que financió la ideología posterior al siglo XVII para arrancar al niño del mundo de los adultos, estableciendo diferencias cimentadas en conductas y culturas, normas, ordenes e imposiciones para cada grupo dentro de la familia, en una avalancha separatista que abrió paso a la desconstrucción⁴ que pleno de contrastes el futuro de los niños.

2.3 Segunda Hipótesis: La Escuela

El otro hecho histórico-social que identificaremos como SEGUNDA HIPOTESIS de relevancia para acercarnos con certeza a esta reconstrucción, lo constituye la Escuela que cumplirá un papel preponderante en el modelaje del niño a través de la transmisión de comportamiento, presentación social e incluso el acceso al espacio escuela por parte de la categoría infancia.

Si hay una institución que con mayor propiedad haya contribuido a la desconstrucción de la niñez, es la Escuela, tanto por las características de representación ideológica del mundo a imagen y semejanza del orden establecido y de los intereses de las clases y sectores dominantes dentro de la sociedad; cuanto por la jerarquía social que significó para la segregación paulatina de la infancia.

Explica Méndez, que “La escuela, organizada bajo tres principios fundamentales: vigilancia permanente, obligación de denunciar y la imposición de penas corporales, cumplirá conjuntamente con la familia, la doble tarea de prolongar el período de la niñez, arrancándola del mundo de los adultos.”⁵

Las castas sociales fueron perfilando la Escuela como un centro que permitiera formar las “generaciones de relevo” que garantizaran el status quo. La Escuela gana así un espacio excepcional para coadyuvar a la perpetuación de las estructuras a través del dominio ideológico. También esta institución tuvo respecto a sí misma y a sus beneficiarios, una importante y acelerada evolución: de ser una institución que confundía a distintos grupos etáreos (los unía), en donde comparecían en la Edad Media adultos con niños, en una especie de aprendizaje común; se instituye una escuela estructurada con características particulares, entre ellas: la división escolar por edades, que es relativamente reciente (siglos IXX y XX), las reglas impuestas a los alumnos para modelar disciplina interna, y finalmente, el diseño del aprendizaje con formulas, primero vanidosas y ocultistas, y luego acriticas. La escuela como recurso ideológico impera paulatinamente en el ámbito social, pasa a ser un privilegiado espacio en donde ya no confluyen más los pequeños adultos (niños), junto a los adultos, en donde la fuerza del orden se impone por diversos medios, entre ellos, la represión, y en donde se segrega a la infancia, y al tiempo en que adquiere también de manera progresiva tanta relevancia como la familia, va generando una profunda división entre el niño con familia y sobre todo con familia de casta social o religiosa, y el niño sin ella, o con lazos familiares

4 La expresión “desconstrucción” hace alusión, aunque parezca contradictorio, al proceso de deformación social de la infancia y fragmentación de la familia para dar paso a la construcción de un modelo de categoría, o más bien subcategoría llamada Infancia dentro de la categoría social de la familia. Ya el lector habrá percibido, y seguramente ahora compartirá las razones de la utilización de esta expresión desde el inicio del ensayo.

5 García Méndez, Emilio. Op. Cit p. 40

profundamente débiles, pues los primeros tendrán acceso a la escuela, con carácter preferencial, y los segundos tendrán que conquistar ese espacio al pasar de muchos años.

De esa manera, la escuela subdivide a la categoría infancia de forma drástica: Niño-escuela y niño-no escuela, ubicándose obviamente la mayoría de la población infantil en ésta última. Esta perversa relación familia-escuela, tendrá importancia y a su vez será fundamento en el armaje progresivo de la doctrina de situación irregular que hace de la infancia sin escuela “un motivo suficiente” para declarar el estado de abandono de los “menores”.

2.4 Tercera Hipótesis: El proceso de incapacitación social de los Niños: la construcción jurídica de la minoridad objeto de tutela

Junto a la representación social de la escuela, y a su vez por efecto de ésta y de la disolución de la unidad de la categoría social familia; cobra fuerza rápidamente la consideración de base de la desconstrucción social de la niñez: de un lado va quedando la práctica que otrora fuera indisoluble de los adultos pequeños, y en consecuencia, aparejada a las desigualdades socioeconómicas que se profundizan en la medida en que la sociedad, (la organización social), trae consigo mayores brechas para las hijas y los hijos de los pobres. Un violento proceso se gesta a la altura de la conducta y la conciencia social que se expresa en la formulación (o pragmática) del tratamiento a la infancia que queda despojada de oportunidades.

Compartimos con García Méndez⁶ que la evolución de los instrumentos jurídicos dirigidos al control de los menores, es necesario interpretarlos a la luz de la conciencia social imperante. Justo partiendo de esta aseveración, la negación de derechos sociales fundamentales a la sub-categoría de los niños sin oportunidades sociales (carenciados), constituye una verdadera construcción paradigmática que revela la definición de éstos niños desde la negación misma de su naturaleza. La infancia carenciada, partiendo de su segregación del mundo familiar, escolar y en definitiva, social; comienza a ser definida ya no por lo que es, sino por lo que NO es, lo que NO puede, o lo que NO debe. De esa manera la definición del menor (paradójica o antitéticamente) constituye la negación de la definición de niño. Por tanto, quien es menor, no es niño, y viceversa.

Se trata, pues, de la negación de la infancia, desconstruyendo su mundo familiar y social, aupado ahora en la subjetividad de las normas sustantivas. Una teoría ajurídica, más que científico-jurídica se construye para desconstruir a la niñez y pasar a la construcción de la minoridad, en donde los niños “menores” ya no son definidos por lo que son, sino por lo que no son. Cualquier análisis jurídico de derecho ordinario concluirá que las personas, ni aún las cosas, pueden definirse por sus características negativas o por sus ausencias subjetivas, sino por sus condiciones objetivas, esto es por lo que son en su naturaleza social y jurídica y no por lo que no son, o por lo que carecen en su desarrollo o verificación social.

Así, el niño que resulta carenciado material, social y hasta espiritual, deja de serlo para engrosar las filas de la categoría de los menores, y resulta en definitiva un incapacitado social a quien se le impondrán nuevas y muy precisas restricciones para el desarrollo, en nombre de la protección debida. Las diferencias sociales fueron transformadas en “capittis diminutio” social, estigmatizando al niño sin oportunidades con la rúbrica de la incapacidad, que más tarde tomaría una extraña forma legal pero poco jurídica en las leyes de menores que se sucedieron en la primera mitad del siglo XX, trasladándose un concepto de incapacidad

⁶ García Méndez, Emilio. Op. Cit p. 43 y 44

jurídica derivada del derecho común a la esfera social y dando nacimiento a lo que hoy día conocemos como judicialización de los problemas sociales. Esta formulación negativa de la definición del niño carenciado resulta el tercer hecho resaltante en la reconstrucción histórico-social del tratamiento diferenciado de la infancia, al tiempo que adquiere relevante interés como fundamento para la construcción del tutelaje del Estado sobre los incapacitados sociales, porque sobre esta hipótesis de declaratoria automática de la incapacidad a los niños vulnerados en sus derechos fundamentales, se le da forma y se legitima la apropiación de los menores por parte del Estado, a través de una "tutela" protectora que le separa de la familia y de la sociedad de manera definitiva.

Hemos dicho que la fuerza (léase la imposición), es una de las características del proceso de ruptura de concentración de niños y adultos en un mundo semejante; (malo bueno, digno o indigno, pero semejante), esta será pues una de las características que tomará lugar preeminente en las formas de control social, y específicamente, en el control penal de los menores. Los primeros antecedentes conocidos del tratamiento diferenciado de los menores delincuentes respecto a los adultos, se consiguen en el siglo XIX. Sin entrar a detallar estos antecedentes, recordamos que en Europa se pueden relacionar hechos y disposiciones que marcaron definitivamente la naturaleza de esta diferenciación entre niños y adultos en conflicto con las leyes penales, al principio adjetivamente, y más tarde en el derecho sustantivo. El siglo XX marca definitivamente el carácter de control diferenciado de los menores, tanto en materia de responsabilidad penal, pasando por los procesos de jurisdicción "especial", hasta la definición y aplicación de sanciones determinadas y específicas. Más adelante observaremos las características particulares de este sistema "exclusivo" (por injusto), para los menores delincuentes, el cual forma parte integrante de la doctrina de segregación de la infancia violentada en sus derechos fundamentales.

Como se habrá apreciado, la inferencia de los momentos descritos demuestran suficientemente como la desconstrucción social del niño llevó desde las más inimaginables prácticas sociales hasta las más descabelladas normas jurídicas, pero también nos enseña como el derecho se coloca al servicio de la institucionalidad política, toda vez que lo que comenzó como una conducta de la sociedad, se convirtió en una política del Estado, una política de derecho, en donde éste se comporta como "...forma de regulación de lo que es, en la realidad social se puede calificar de contingente: o sea, que puede ser y puede no ser, dependiendo no de la naturaleza sino de las acciones y las actitudes de las personas. Pero a su vez, las acciones y las actitudes de las personas dependen de los grupos a los cuales pertenecen, del lenguaje y la cultura que utilicen y, en último término, de la estructura de las relaciones de poder y de propiedad entre grupos y naciones en lo que concierne a la forma de producción y de distribución de los recursos en una determinada sociedad y en el mundo"⁷, y de esa forma el proceso de producción del derecho de menores que brevemente hemos detallado es fiel expresión de las relaciones impuestas por la sociedad para obedecer a los intereses de su forma político-cultural de organización en un momento determinado.

El Derecho y en particular la sociología jurídica trajo consigo la máxima convencional y clásica en la que se consideraba que la producción del derecho y de la norma es la adaptación de la realidad social, adecuando de esa forma el tratamiento desigual de la niñez, producido junto a las desigualdades de la sociedad en general, dividida en clases y castas sociales; de tal suerte que lo que la Escuela, las comunidades, la industrialización y el mundo moderno hizo al dividir a la infancia, el derecho lo convirtió en norma.

7 BARATTA, Alessandro. La Situación de la protección del Niño en América Latina", en " Derechos del Niño Textos Básicos" (1996, p. 23)

Esta forma de control social del positivismo clásico en el derecho, permitió que aquellos niños y niñas pobres, provenientes de familias no reconocidas como tales, bien por sus formas y hábitos de vida, bien por sus condiciones socioeconómicas, o por características propias de la "cultura" en que se desenvolvía, fueran considerados incapaces socialmente, ya no en el sentido que el Derecho Romano daba a la disminución de la capacidad por razón de la edad, sino en un sentido que podemos denominar "capitis deminutio" social, puesto que en este nuevo derecho tutelar de menores no se trataba ya de la sola consideración de la edad para disminuir su capacidad, sino de características sociales, familiares o personales, que no permitieron en la formulación jurídica que estos niños fueren considerados como personas humanas, sino objeto de la tutela (tampoco la tutela romana), del Estado.

Así, el derecho que llega de último en la formulación histórica, adapta el injusto tratamiento que la Escuela y la sociedad de la revolución industrial proporcionaba a la niñez, declarándolos "menores" cuando eran "incapaces" sociales, abandonados material o moralmente, considerados en "peligro" o "riesgo" por sus condiciones de vida o la de sus familias, o discapacitados física o mentalmente. El Derecho formula de esa manera un tratamiento legal de "apartados" sociales, extrapolando instituciones romanas a un nuevo derecho, el de menores. De esa forma, en la norma legal los "menores" ya no sólo eran aquellos con capacidad disminuida para contratar civilmente, sino también aquellos que tenían serias deficiencias o carencias sociales, eran huérfanos, no tenían educación, estaban mal nutridos, trabajaban en faenas peligrosas, deambulaban en las calles, etc. y la tutela ya no era la de una persona física, característica en el derecho romano, sino la de una persona pública, la más abstracta de las personas jurídicas: El Estado, que se encargaría de "atender", las carencias o incapacidades sociales.

En aquella máxima de la sociología del derecho, de regulación positivista clásica, por supuesto no se entendía que el derecho no debe adaptar la realidad social tal como es, sino que, por el contrario, debe producir en prospectiva una norma que permita superar la realidad social, alterándola sustancialmente.

Como ha expresado repetidamente el tratadista Emilio García Méndez, ya citado con anterioridad,, en sus intervenciones públicas: **"...para hacer leyes iguales que la realidad, mejor nos quedamos con la realidad, sin leyes"**. El objeto principal de las leyes, y en particular, de las leyes que regulan la realidad de las relaciones sociales, como lo es ahora la LEPINA en El Salvador, en materia de derechos humanos, es la de producir cambios relevantes en las dinámicas sociales injustas o aquellas dinámicas que no han sido reguladas, o cuya regulación no se corresponde con los principios generales del derecho, tales como la igualdad social, a fin de que tales cambios propuestos en forma de normas, se constituyan en una proyección realizable al conducir y regular la conducta social e institucional. Si las leyes prospectivas no fuesen necesarias o sólo lo fuesen para países desarrollados, tendríamos que negar el carácter programático de las normas constitucionales, puesto que al fundar un nuevo tipo de Estado y sus relaciones con toda la sociedad, por lo general, están regulando mucho de las relaciones, instituciones, incluso derechos, que no necesariamente se practican en la realidad, es decir, que programa la Constitución Política del Estado, aquello que no existe, pero que es deseable que se conquiste y exista, y por tanto, se erigen tales normas en un proyecto a alcanzar.

En segundo lugar, leyes como prospectivas de la realidad social son justamente para nuestras sociedades con mayor necesidad que para las sociedades o países desarrollados,

aunque se pueda debatir cuales son los parámetros para medir el supuesto desarrollo de los países. Por ejemplo, si uno de los baremo o escalas para medir el desarrollo lo fuese la cultura de discriminación o de igualdad de instituciones de gobierno y de la sociedad en general, seguramente muchos de los países hoy indicados como "desarrollados" no lo serían, o igualmente si la escala pudiese estimarse en términos de la igualdad en la repartición de la riqueza, o en el tratamiento o procesamiento judicial de los jóvenes o adolescentes en conflicto con la ley penal, y las sanciones que aplican, incluso la pena de muerte, seguramente mucho de esos países no calificarían en la denominación de "desarrollo", mientras que sería muy posible que los llamados países del tercer mundo, lo hicieren. De hecho, países como Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica no han adecuado sus leyes internas a los postulados y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otras razones, porque confían en que con la realidad que tienen les basta, y no necesitan de una realidad más justa como lo sería la del reconocimiento legislativo de los derechos de los niños. En otros términos, el nivel de "desarrollo" de aquellos países les permite entender que las normas que rigen el tratamiento de la niñez es suficiente y justa, como por ejemplo, las penas perpetuas, o la falta de acceso a las actas procesales del adolescente imputado. No obstante, la mayoría de los países de América Latina y El Caribe, han entendido que necesitaban leyes mejores, de carácter prospectivo e informado de principios de justicia, igualdad y derechos humanos, para ir avanzando a un desarrollo pautado no sólo en lo económico, sino principalmente en lo social y en lo jurídico.

Aunque la realidad no es igual a la LEPINA, por ejemplo, la existencia de ambas, de la realidad y de la Ley, permite la dialéctica antagónica necesaria que las enfrenta para que no triunfe la realidad, sino la norma, o en otros términos para que no siga siendo una realidad de incumplimiento y violación de los derechos elementales de los seres humanos niños, y podamos forzar a que cada día esa realidad se parezca más a la norma.

II. El Paradigma Tutelar:

1. La Doctrina de Situación Irregular. Definición

Como se ha visto hasta ahora, con la narración de los momentos o hipótesis de reconstrucción histórica, social y jurídica de la situación irregular, resulta una tarea poco fácil definir aquello que se presenta como una envolvente progresión de conductas institucionales, familiares y sociales propias de la evolución de la desigualdad y discriminación de la niñez, pero que además dificultad su propia definición como Doctrina, vista la ausencia de principios que le sustenten.

Por ello, transcurrieron años desde la vigencia legal del tratamiento legal de la tutela de la minoridad, para que se obtuviese una definición de la situación irregular de los menores. Es en 1.974 que se precisa de una definición de Situación Irregular, por parte del Instituto Interamericano del Niño, estableciendo que es aquella en que se encuentra un menor tanto cuando 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.⁸

⁸ Citado por la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, de Venezuela en su exposición de motivos., pág. 36

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 ya más de 7 siglos, pasando por las Cortes Inglesas, hasta entrada 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.

2. Características de la Situación Irregular

Como ya hemos anunciado, para aproximarnos a la profunda noción de Protección Integral a niños y adolescentes no basta con recorrer el camino de los principios generales que informan y conforman esta doctrina, pues antes de abordarla e intentar definirla, es imprescindible estudiar las características propias del tratamiento tutelar de la infancia.

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 cimientan 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 y diferencial 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 sí a una parte de los niños, que son los niños carentes, los niños abandonados, los niños inadaptados, los niños infractores. Tampoco trata de todos los derechos; solamente de la protección y de la vigilancia. La protección para los carentes y los abandonados y la vigilancia y 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..."⁹

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

9 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).

*** 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 supraestructura de organización 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 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, la Salud y 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 ESTAN, NI ESTAN TODOS LOS NIÑOS QUE SON", al no otorgar NINGUN 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 SITUACION 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. Al efecto, los apartes 8vo y 5to de los artículos 84 y 85 de la Ley Tutelar de Menores de Venezuela establecen el libre poder discrecional del juez para calificar cualquier otra circunstancia como elemento constitutivo de situación de abandono o de peligro, respectivamente.

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.

Proceso injusto e Impunidad en la Justicia correccional de menores:

La tercera y última categoría para considerar a un menor en situación irregular, es la de los considerados INFRACTORES definidos como aquellos que han cometido un hecho calificado como delito en las leyes penales de los adultos o en las disposiciones policiales, y en la práctica social, son objetivamente aquéllos a los que se les abandonó material y moralmente, se les negó derechos, o se les colocó en peligro, y cometen actos que están previstos en las leyes como delitos, pero además, a los que no se les da oportunidad de ejercer derechos en el proceso en el que se les enjuicia, en atención a la supuesta incapacidad legal, que no les permite gozar de un debido proceso.

Para la situación irregular, todos los adolescentes involucrados en un acto delictivo que reúnan condiciones adversas en lo social y/o personal, serán siempre culpables. Así, bajo la denominación de "justicia correccional" o sistema para los adolescentes infractores, se cometen las más disímiles injusticias hacia los jóvenes, en particular, y hacia la sociedad en general. Por las razones siguientes:

Primero: Por la definición del cliente de este sistema correccional, que se refiere básicamente a rasgos de su personalidad y del medio en que se desenvuelve, y no a si la conducta que lo lleva al proceso judicial está definida como contravención a las leyes penales. Por tanto es violatorio del principio universal de la legalidad de los delitos y de las penas. Para la situación irregular importa no el hecho cometido sino las condiciones particulares del adolescente procesado y de su entorno social. Vale decir que sobre esta consideración el sistema infraccional aparece como rector de la impunidad al declarar sin responsabilidad los efectos

dañosos de grave entidad para la sociedad que tiene un delito cometido por un adolescente que reúne características biológicas de ser sano, psicológicas de equilibrio, familiares y sociales de estabilidad.

Segundo: No contempla, más bien viola, todos los principios de un proceso justo y debido, entre ellos el más importante, de ser considerado inocente hasta sentencia condenatoria definitivamente firme. Niega el Derecho de Defensa del joven infractor, que no sólo tiene que ver con que tenga abogado durante el proceso, sino que esencialmente tiene que ver con el carácter contradictorio del proceso como garantía de defensa, con los alegatos, pruebas, descargos e informes que permitan al procesado excepcionarse de su acción o conducta, bien con fundamentos de hecho, bien con razones de derecho.

Tercero: Como bien lo indica Emilio García Méndez¹⁰, el concepto de "acto antisocial" y la competencia ilimitada de los Jueces de Menores, son dos aspectos que se complementan y refuerzan mutuamente contribuyendo decisivamente a la consideración del menor como un objeto, a veces de la compasión, a veces de la represión. Por lo que "es posible que, en estricto cumplimiento de la ley, un adolescente - generalmente perteneciente a los sectores medios o altos - que haya cometido un delito gravísimo y de naturaleza dolosa, no reciba ningún tipo de respuesta por el acto cometido. El hecho de poseer un entorno familiar por lo menos formalmente bien estructurado, la asistencia a una institución educativa, se convierten muchas veces en garantías de impunidad. Por el contrario, es posible que un menor - generalmente perteneciente a los sectores más bajos y desprotegidos de la sociedad - que haya cometido un hecho banal o de bagatela, o incluso un acto "antisocial" solo posible de ser establecido en la cabeza de quien lo define, sea institucionalizado (un mero eufemismo para designar a la privación de libertad) por años, ya que desde los parámetros normativos de las leyes basadas en la doctrina de la situación irregular, dicho menor se encontraba en "peligro moral o material..."

Estas tres consideraciones son las de mayor importancia para definir el carácter injusto y contrario a derecho de los sistemas correccionales de menores.

La privación de libertad como medida de control social de los menores:

Tanto en el caso de los menores en situación de abandono, como en los de peligro y en el tratamiento de los infractores, la figura de la institucionalización es el medio privilegiado de solución de los conflictos sociales o penales en los que se encuentra involucrado un niño en un momento determinado. Todas las legislaciones de menores producidas en la primera mitad del siglo XX dieron relevante importancia a la privación de libertad de los menores sometidos a su jurisdicción, desde la fase de iniciación o apertura de los respectivos procesos, hasta su final decisión o sentencia.

Lógicamente, el carácter segregador de la infancia carenciada debe hacerse de una respuesta que permita que la sociedad continúe funcionando por vía de extraer el peligro social de futuras conductas derivadas de las condiciones en que se desenvuelven algunos de sus integrantes (las de abandono y de peligro). Un peligro potencial se castiga en la situación irregular con medidas que privilegian la privación de libertad, pero igualmente en el caso de los delitos cometidos por adolescentes, la prisión (bajo el eufemismo de medidas resocializantes o

¹⁰ GARCIA MENDEZ, Emilio: Foro en el "1er. Encuentro de Jueces y Procuradores de Menores de Venezuela" realizado el día 06 de diciembre de 1996 en la ciudad de Caracas, Venezuela

de reinserción social), es el principal y primer recurso jurisdiccional que da cuenta también de la presunción de culpabilidad sobre la que se construye el sistema correccional de menores.

Para resumir, las características de la situación irregular indican que LOS MENORES la categoría divisoria 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 SITUACION IRREGULAR, SON DECLARADOS MENORES, en consecuencia INCAPACES DE SER CIUDADANOS, por su propia condición de pobreza.

De la lectura hecha de las características y de la aplicación de la segregación y exclusión social de los menores arribamos a dos consecuencias:

LA PRIMERA, los sectores mayoritarios de niñas y niños, es decir, los menores, al no ser ciudadanos con derechos, están excluidos de las políticas básicas. Esta es la primera consecuencia que refleja y explica la Situación del Trabajo infantil, por ejemplo, o de los que se ha dado en llamar NIÑOS DE LA CALLE o en Situación de Supervivencia.

LA SEGUNDA consecuencia tiene que ver con la CRIMINALIZACIÓN de su SITUACION DE POBREZA. Al ser MENORES EN SITUACION IRREGULAR, NO SON SUJETOS DE DERECHOS, y pasan a ser objeto de LA TUTELA DEL ESTADO, no para protegerlos, como hipócritamente lo señalan las Legislaciones de Menores; sino para REPRIMIRLOS en su condición de carenciados, pero especialmente para protegerse del **“peligro social que estos niños representan para el resto de la sociedad”**, todo lo cual hace a través de la institucionalización de los MENORES EN SITUACION IRREGULAR.

La función que declara la tutela del menor es su protección, en la que subyace una función oculta del Estado que se APROPIA ARBITRARIAMENTE de la VIDA DEL NIÑO o del adolescente, DESMORONA LA FAMILIA, sustituyéndola en las responsabilidades de crianza, protección, cuidados y desarrollo. En la declaración de protección de los menores, es decir, de los incapacitados sociales, reposa la tesis de la tutela, al traducir aquélla (la protección) como la consideración del niño carenciado, abandonado o en peligro, como objeto de una tutela que da derechos de su apropiación por parte del Estado, despojándolo de los derechos básicos, entre ellos, el de representación social. El Estado esconde con un manto de tutela, la incapacidad en que está de satisfacer las necesidades básicas y de proyectar políticas preventivas con el cumplimiento de los derechos esenciales de la mayoría de la población de niños y adolescentes. Además de incumplir con la responsabilidad de garantizar a todos los niños y adolescentes sus derechos, el Estado, a través de la Doctrina de la Situación Irregular y en nombre de una supuesta defensa de la sociedad, los declara en Situación Irregular, institucionalizándolos.

Es claro entonces, que como ya lo dijimos, esta doctrina está informada y edificada sobre una concepción ideológica que califica y estigmatiza los problemas sociales, sus efectos generales y particulares dentro de la sociedad, como si fueran verdaderos actos criminales. Y está claro también que es un paradigma contrario a los principios generales de Derechos Humanos, al estar construida sobre la discriminación de la población de niños y niñas.

III. La práctica tutelar. Casos orientadores para su superación en la cultura social, institucional y judicial

De todo lo antes dicho, resulta forzado concluir que el tratamiento de situación irregular no es tan sólo dependiente del cambio legislativo, sino además de un conglomerado de prácticas y conductas sociales, culturales, educacionales y, en fin, de una ideología y cosmovisión del mundo y de la niñez. Por ello, es necesario superar la legislación cuanto es necesario y determinante superar la conciencia social.

Aún bajo la vigencia de las leyes adecuadas al nuevo paradigma de protección de los derechos de los niños y las niñas, en muchos países de la región persisten marcadas conductas institucionales y sociales que favorecen la discriminación de la población de niñez y adolescencia, teniendo su asiento en la forja de una ideología de tutela cimentada en las bases estructurales de las instituciones, de la familia y de la sociedad. Bajo esta conducta discriminatoria, resulta aún más grave que se levanta un discurso de protección integral a los derechos humanos, cuando en realidad se practica la tutela.

Un par de casos orientadores de estas prácticas, por ejemplo, en lo judicial, permitirán entender lo que estamos afirmando:

NIÑOS O NIÑAS EXCLUIDOS DEL MEDIO FAMILIAR	
SITUACION IRREGULAR	PROTECCION INTEGRAL
Bajo la situación irregular sin duda que serán declarados en estado de abandono, sometidos a un proceso judicial y condenados por sentencia o dispositiva jurisdiccional a ser sometidos a un proceso en instituciones cerradas, con aislamiento del mundo social, de sus pares, de los servicios sociales básicos en libertad. El “abrigo” o “acogimiento institucional” perdurará en condiciones de tutela de la institución, sin que se le tenga como una medida temporal que tenga como objeto, lo más inmediato posible, la restitución del derecho a la familia de origen, bien nuclear, bien la familia extendida. En esta situación, el niño o niña resulta agente y 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 condenarán obligaciones de hacer o de dejar de hacer, o de omisión a las instituciones que deban proveer derechos a la educación, nutrición, empleo 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.	Para la Protección Integral de Derechos humanos de la niñez y Adolescencia, en el marco del derecho internacional y la vigencia de la LEPINA, sin duda que la exclusión del medio familiar constituye una seria violación de derechos fundamentales, en la que las causas sociales estructurales e intermedias, ya en la familia misma, ya en las deficiencias de políticas públicas o prestación de servicios básicos, impone la restitución del niño o niña a su familia de origen, nuclear o extendida, fortaleciendo programas que permitan superar las carencias detectadas, pero bajo ningún concepto se juzga al niño o niña en sí mismo, sino a las causas y responsables del conflicto social que violenta o amenaza el derecho o los derechos. La responsabilidad que en la situación irregular se estigmatizaba en el niño o niña, o en las familias pobres, en la protección integral se traslada a las Instituciones que incumplen derechos, por lo que la resolución judicial o administrativa, según sea el caso, se enfocará a la detección y medios probatorios que determinen tales responsabilidades, al tiempo que procurará la inserción del niño o niña en su medio familiar, en condiciones de dignidad. Cuando analicemos los Principios de la doctrina de Protección Integral, y en particular en el Principio del Interés Superior del Niño, daremos cuenta de respuestas judiciales producidas en otros países bajo la vigencia de las leyes de protección integral a la niñez y adolescencia.

NIÑOS O NIÑAS SIN EDUCACION	
SITUACION IRREGULAR	PROTECCION INTEGRAL
En estas circunstancias, cuando el niño o niña se encuentra fuera del medio escolar, la doctrina de situación irregular responde de forma similar al anterior caso, institucionalizándoles en centros que se encargarán de "brindarles" la educación que no tienen , ya por encontrarse en situación de supervivencia de o en la calle, ya por factores socioeconómicos, culturales o familiares. En estas Instituciones se les sustrae de la vida en sociedad, sin que puedan recibir la educación del resto de niños o niñas, es decir, con un tratamiento desigual. Instituciones de internamiento para conflictos no penales, sino de índole social que pretenden dar respuesta a una carencia en la prestación del servicio educativo que les ha expulsado, o no les ha ingresado en momento alguno. La judicialización de un conflicto que nada tiene de jurídico, constituye así una violación del derecho al acceso a la educación en condiciones de igualdad, al tiempo que le doble victimiza, puesto que la exclusión del medio escolar tiene su explicación en causas extrañas al niño o niña en sí misma, que bajo el régimen tutelar no son investigadas, quedando incólumes las responsabilidades de aquellas instituciones que deben garantizar el derecho a la educación. Tampoco cuentan otros factores influyentes en la exclusión escolar, como podrían serlo la mal nutrición, la carencia de condiciones económicas en la familia para la manutención de sus hijos e hijas en el proceso educativo, como serían la falta de transporte público gratuito para estudiantes, desempleo o subempleo, entre otras causas. De tal suerte que en el régimen de situación irregular, el niño, niña o adolescente, según sea el caso es sometido a "recibir educación" en un centro o Programa de atención, excluyente en si mismo de la condición de igualdad en que deba recibir el servicio educativo.	Conforme a la doctrina de Protección Integral, la Educación es un derecho Humano, en el que el Estado es el prestador central y garantista de cumplirlo a niñas, niños y adolescentes, como lo preceptúan la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 28 y 29 y la LEPINA en sus artículos 81 al 89, por lo que la respuesta judicial o administrativa, trátase ya de una medida de protección de una u otra índole, es la de juzgar las causas que originan el conflicto social de exclusión escolar, determinando las responsabilidades que correspondan, ordenando restituir el derecho violentado, y de consecuencia, la integración al medio escolar ordinario, con las medidas accesorias o multívocas de fortalecimiento para la superación de las condiciones de vida digna de la familia si fueren necesarias éstas, tales como la generación de programas de empleo a los progenitores, fortalecimiento de las condiciones de educación de los padres, entre otras. Igualmente, bajo una solución enfocada en la perspectiva restitutoria de derechos, la Escuela y el sistema educativo en general está obligado a revisar las transformaciones institucionales (curricula escolar, servicios de orientación, violencia intraescolar, etc), que puedan constituir factores desencadenantes de la expulsión escolar. Por tanto, el órgano administrativo o judicial que decreta el mandato de protección debe considerar tales aspectos como parte de la medida que ordene.

Capítulo II

INTRODUCCION A LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

-La Protección Integral-

I. Introducción a los derechos humanos de la niñez:

1. Resumen de antecedentes a la protección integral de los derechos de la niñez

En el año 1924, el 26 de diciembre, la Liga o Sociedad de las Naciones, instancia que constituyó un serio esfuerzo de universalización en la nueva era del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, truncado por las tensiones y guerras que intermediaron cruelmente en la primera mitad del Siglo XX; aprobó la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño. Este manifiesto resumió las ideas generales que en subversión a la doctrina de situación irregular, ya desde finales del siglo XIX venían manifestándose con cierta fuerza emergente, en particular en algunos de los medios académicos e intelectuales de Europa. En Francia, por ejemplo, el escritor Vallés¹¹, que tratándose de una obra literaria del género novela, refleja los maltratos familiares y las respuestas institucionales, con el creciente efecto frustrante en la vida y el desarrollo de la niñez. También Kate Douglas Wiggin en su obra "Derechos de los Niños, " donde no solo planteaba la necesidad de defender los derechos del niño, sino otorgaba un contenido específico al concepto. En su opinión, el derecho no era equivalente, sino muchas veces opuesto, al concepto de privilegio o indulgencia. Bien podían otorgarse muchos privilegios a los niños, sin que se respetaran sus derechos. Esto se producía cuando subsistía la creencia de que los niños pertenecían a sus padres, quienes hacían uso de un poder ilimitado sobre ellos. Según la autora, los niños -en cuanto seres humanos- se pertenecen a sí mismos y uno de sus derechos inalienables es a tener infancia. En la práctica, esto se ve limitado cuando los adultos moldean su conducta según sus criterios, sin permitir que tengan un espacio propio, adecuado a sus gustos y necesidades. Por ejemplo, el exceso de celo materno negaba el elemental derecho de los niños a "andar sucio". Aunque el texto no fue traducido al castellano, fue conocido en Chile, así como algunos de sus cuentos para niños."¹²

Aquella Declaración expresó el derecho de los niños a disponer de medios para su desarrollo material, moral y espiritual, el derecho a una familia, a la asistencia especial en situaciones adversas tales como enfermedades, orfandad, discapacidad; ser atendidos con primacía en situaciones de emergencia, pronunciándose contra la explotación económica y disponiendo la atención a la salud y nutrición como derechos, entre otros.

Por supuesto, siendo una declaración y no un pacto o convenio internacional, carecía de fuerza imperativa en términos del derecho Internacional Público, configurándose como una carta de intenciones y voluntad política más que de carácter normativo-imperativa.

Por ello, aún se estaba lejos de contemplar los derechos de la niñez en la forma que trascendieran un catálogo de derechos, y establecieran obligaciones de los Estados o Naciones frente a sus niños y niñas. Medidas como las establecidas en esta primera declaración de derechos, no constituían obligación ni derecho interno para los países que la adoptaran.

En 1948, el 10 de diciembre, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración de Derechos Humanos que, además de establecer el Derecho de toda persona a la crianza en la familia, al nombre y nacionalidad, al libre desarrollo de la personalidad y el reconocimiento jurídico de ésta en cualquier parte del planeta; establece en su artículo 26 el derecho de la infancia a asistencia y cuidados especiales. Siendo la Declaración de Derechos

¹¹ Vallés, Jules, "El Niño", Colección ACVF Narrativa

¹² Jorge Rojas Flores, "Los Derechos del Niño en Chile: Una aproximación Histórica: 1910-1930, " Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Junio 2007, pag 130, 131

Humanos de tal universalización como se ha estimado hasta el presente, sembró las bases de principios y normas a desarrollar para los grupos humanos de protección especial por sus condiciones de vulnerabilidad. Así, esta declaración constituye un antecedente formal del derecho Internacional de los Derechos Humanos para el ulterior desarrollo de los derechos de las minorías étnicas, por ejemplo, así como de la niñez, puesto que las particularidades de sus derechos no se satisfacen con la globalidad de la normativa general sobre derechos humanos.

De esa forma, la propia ONU siempre consideró la necesidad de desarrollar los derechos de personas y grupos humanos por separado, lejos de pensar que se encontraban satisfecho su reconocimiento en el contexto de la generalidad de los instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos

II. Los Derechos de los Niños como parte integral del Derecho de los Derechos Humanos

1. Historia

UNICEF, en el Estado Mundial de la Infancia en 2009, Edición Especial¹³ ha referido un amplio texto que citamos por la adecuada relación cronológica que hace de los antecedentes más próximos a la Convención sobre Derechos del Niño:

“...La Organización de las Naciones Unidas no adoptó su propia declaración de los derechos de la infancia hasta el 20 de noviembre de 1959. El respaldo de la Asamblea General era importante porque ponía de manifiesto la necesidad de considerar los derechos de la infancia por separado, en lugar de asumir que se abordarían en el amplio contexto de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. La Declaración sobre los Derechos del Niño incidía más en el bienestar emocional de la infancia y afirmaba el derecho de los niños y niñas a “figurar entre los primeros que reciban protección y socorro” en situaciones de emergencia, frase que se repetiría dos décadas después en el eslogan de UNICEF, “Los niños primero”. Al margen de estos cambios, el enfoque del documento de 1959 seguía firmemente centrado en la asistencia social, es decir, en salvaguardar y proteger a la infancia, pero haciendo poco hincapié en potenciar su autonomía.

Durante las décadas de 1960 y 1970, las iniciativas en pro de los derechos de la infancia provenían de organizaciones no gubernamentales, que impulsaron el gran paso hacia adelante que habría de darse a continuación. Las ONG animaron a la Organización de las Naciones Unidas a que declarara 1979 como el Año Internacional del Niño, con la intención de que se otorgara más protagonismo a los problemas de la infancia. Una vez acordado este extremo, el Gobierno de Polonia presentó el borrador de una convención sobre los derechos de la infancia ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Pronto quedó claro que para ultimar este documento se necesitaba más tiempo y preparación, de modo que la Comisión acordó la creación de un grupo de trabajo abierto al que se encomendaría la misión de revisar el borrador.

Este proceso duró una década, en parte porque redactar un tratado que aborda numerosos ámbitos de interpretación social y cultural es una labor delicada. Además, surgieron susceptibilidades cuando los gobiernos se implicaron en cuestiones como impartir la disciplina infantil, que muchos consideraban que correspondía a la familia, y no al Estado.

¹³ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, estado Mundial, Edición Especial, pag 5.

Por su parte, en aquel tiempo UNICEF daba menos importancia al valor y a la utilidad práctica de los derechos de la infancia. Durante gran parte de la década de 1980, la organización siguió su propio método de trabajo, que promovía y compartía con una serie de colaboradores y aliados, consistente en revolucionar la supervivencia y el desarrollo de la infancia. Esto originó una importante movilización de ayuda y de acciones orientadas a reducir la mortalidad y la morbilidad infantiles en los países en desarrollo, en concreto la aplicación de medidas básicas preventivas y paliativas como la inmunización, la terapia de rehidratación oral, la supervisión del crecimiento y la promoción de la lactancia materna.

Para 1987, sobre la base del principio de la atención sanitaria primaria presentado conjuntamente por UNICEF y la Organización Mundial de la Salud (OMS) en la Conferencia de Alma-Ata de 1978, la organización había virado más hacia la conclusión de que las perspectivas de la supervivencia y el desarrollo infantil sólo podían mejorarse si se otorgaba a los niños y niñas la importancia debida en el marco de un instrumento internacional que consagrara los derechos de la infancia por medio de leyes. A partir de ese momento, el apoyo de UNICEF contribuyó notablemente a agilizar la aprobación del borrador de la convención a través del proceso de aprobación de las Naciones Unidas.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, exactamente 30 años después de aprobarse la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Su condición de hito quedó confirmada casi de inmediato: el mismo día que se presentó a firma, en enero de 1990, la firmaron 61 países. Además, la Convención fue ratificada en un tiempo sin precedentes por la cantidad mínima de Estados partes (20), entró en vigor en septiembre de 1990, y más tarde ese mismo mes se conmemoró su aprobación en otra actividad única, la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, que tuvo lugar en la sede central de las Naciones Unidas en Nueva York. La Cumbre contribuyó a dar peso político a la Convención, y en el Plan de Acción para la aplicación de la Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño en el decenio de 1990, los 71 jefes de Estado y de gobierno asistentes instaron a todos los gobiernos a promover la ratificación y la aplicación de la Convención “a la mayor brevedad”...

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

La Convención sobre los Derechos del Niño, 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 internacional¹⁴, 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.

¹⁴ Cuando acá decimos “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. Para mayor abundancia en este proceso de diez años, léase “Preguntas y Respuestas: La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, publicada por UNICEF y DNI en 1998.

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 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. Mientras bajo cualquier otro régimen de tratamiento ordinario de las diversas situaciones de la niñez y la familia, podría considerarse que las necesidades son situaciones que no imponen obligaciones o prestaciones de hacer o de no hacer para Instituciones, familias, grupos sociales o personas (naturales, pública o privadas), es decir, que no son de naturaleza exigibles; en la perspectiva de la categoría de sujetos de derechos, las niñas y los niños son sujetos titulares de exigencias positivas o negativas, es decir, de prestaciones de derechos. Estas prestaciones, léanse obligaciones, constituyen así la característica paradigmática que crea la ruptura fundamental entre el régimen tutelar de menores, que ya hemos analizado, y el sistema de protección universal de derechos humanos.

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 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 PARTICIPACION DE NIÑOS EN LOS CONFLICTOS ARMADOS.
 - RELATIVO A LA VENTA DE NIÑOS, LA PROSTITUCION INFANTIL Y LA UTILIZACION DE NIÑOS EN LA PORNOGRAFÍA.
- REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCION 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 MINIMAS 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 de 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. Las Providencias o medidas de efectividad derivadas de la Convención sobre 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.

2.1 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 IMPLEMENTACION

2. MEDIDAS PARTICULARES DE IMPLEMENTACION

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, etc.) 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 múltiples, léase por ejemplo los artículos 28 y 29 sobre el Derecho a la educación, o el artículo 21 sobre adopciones, y se percatará 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, etc. 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
Ténganse sólo a título de ejemplos, pero el lector o lectora podrá ejercitar con el texto de la CDN para la identificación de las medidas en todo el recorrido de este instrumento.	

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. Bástese 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.

3. Adecuaciones legislativas internas de los instrumentos internacionales de derechos humanos

Con este enfoque, los países miembros de la CDN, asumen en el foro internacional y a lo interno de sus nacionales, diversos compromisos orientados a avanzar en la tarea de construcción de un nivel de vida más digno y justo para las niñas, los niños y sus familias. De estos compromisos se destacan las medidas de efectividad para el goce material y objetivo de los derechos humanos, las cuales se fundamentarán en el principio de prioridad absoluta, es decir, la preeminencia de estos derechos de la niñez en la planificación social, en el gasto y presupuestación, y en el destino de los recursos que asignan los Estados a las políticas públicas generales, como lo profundizaremos más adelante. En ese sentido, como antes hemos enunciado, el **compromiso general consiste en dictar medidas de toda índole** necesarias para el goce efectivo de los derechos humanos por parte de los niños y niñas.

Precisamente las más importantes medidas a dictar, porque constituyen un supuesto de condiciones objetivas para el desarrollo y perdurabilidad de la protección integral; son las medidas de adecuación legislativa y de transformación institucional.

Por tanto, las leyes internas de los países deben sufrir transformaciones que permitan adecuarlo legalmente a los postulados, normas y principios que contienen los tratados internacionales. La Convención sobre los Derechos del Niño –CDN– en su artículo 4 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.” Ello obliga a que la transformación legal no sea sólo un asunto enunciativo o alegórico, como sería por ejemplo el reconocimiento de derechos en un articulado, o la mención de la protección integral sin

mecanismos de efectividad que les sean propios a su materialización o cumplimiento, o en todo caso, a su restitución en caso de violación.

Es esta fundamentación y obligación asumida por el Estado Salvadoreño la que ha llevado a adaptar su legislación interna sobre niñez a los principios, postulados y normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, dejando atrás la oprobiosa legislación tutelar de menores, y disponiéndose a las transformaciones institucionales a las que también compromete la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos de la niñez.

Así, la adecuación legislativa, obliga a los países a que se revise detallada y conscientemente cualquier propuesta legal para que sea coherente con los principios internacionales de la doctrina de protección integral, esto es, que desarrolle los mecanismos garantistas, que no legalice instituciones que pertenecían a la tutela minoril de la doctrina de situación irregular, o que no renuncie a principios de derechos humanos, o los vulnere de alguna forma en el discurrir de las normas legales internas.

En razón de la obligación de adecuación legislativa a la Convención, no debería ninguna ley de un Estado parte contener normas que favorezcan la división social de la niñez, o normas que establezcan la Adopción por causas de pobreza de los padres, o la separación del niño de su familia por estas mismas causas, o normas que afecten la participación social o que retrotraigan al omnímodo poder de los jueces frente a situaciones sociales de la niñez o adolescencia, o la regresión a la incapacitación social de la niñez¹⁵, entre otras.

Una gama de artículos reformados en una ley especial de niñez, podría aparecer como benigna, ingenua o dirigida exclusivamente a aspectos como el proceso, o la organización administrativa de los órganos de protección, y, sin embargo, con nuevas formas procesales o con una distinta institucionalidad, se podría estar estremeciendo de forma retrógrada a aquellos principios, postulados y normas que el país está obligado a respetar y consagrar en su legislación interna. Por ejemplo, contemplar en una reforma legal medidas de protección en juicio al libre albedrío del juez, podría ser una puerta abierta a la judicialización de los conflictos sociales y a la internación de niños o niñas, o adolescentes violados en sus derechos, medidas éstas que la CDN asigna a las instituciones no judiciales, y en particular a las de planificación, gestión y ejecución de políticas públicas, privilegiando la no institucionalización de los niños por esas causas, sino la restitución de sus derechos con obligaciones o prestaciones directas a los vulneradores de derechos.

De consecuencia, toda actividad legislativa en materia de derechos humanos debe estar

15 Recordemos que antes de la promulgación de la Convención sobre los Derechos del Niño, prevalecía la consideración minorista del niño como la más clara y odiosa expresión de la Doctrina de la Situación Irregular, en la que se sustenta el paradigma tutelar con un abordaje de la infancia bajo la percepción de lastima, compasión, caridad y represión. Este paradigma tutelar divide a la infancia entre quienes tienen y pueden y los que no; sometidos a un tratamiento diferencial, sometidos a la "beneficiencia" protectora los excluidos de oportunidades sociales, con una progresiva imposición de reglas que criminalizan su situación de pobreza, tomando como objeto de derecho las diversas situaciones de hecho adversas para responder con una especie de marcaje jurídico a la apropiación del ser, atentando contra su condición humana, al someterles a la institucionalización (léase internamiento y privación de libertad). Serán pues los confinados de la sociedad todos aquellos niños que al presentar ciertas características (que más bien condiciones), sociales se les tutelarán con la represión judicial e institucional, en nombre del amor, la compasión y la "protección". Véase "Introducción a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños" en publicación de la Universidad Católica Andrés Bello, UCAB, Venezuela, 2000.

signada por el respeto a los postulados del instrumento o convenio internacional que les da origen, en razón de los compromisos internacionales derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para ello, se consagran en las constituciones más avanzadas del mundo, entre ellas la de la República Bolivariana de Venezuela (véase su artículo 350), una cláusula que se le ha denominado de inmutabilidad que prohíbe, por cualquiera medio, menoscabar o retrogradar derechos humanos ya acordados por la Nación.

De manera que los tratadistas y constitucionalistas destacan entre los límites del poder constituyente y del poder legislativo constituido, el derivado de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, que constituyen límites sustanciales en cualquier reforma o cambio legal, sea parcial o total. Estos límites sustanciales se comportan a su vez como mandato de la comunidad internacional que comprometen al Estado, a constitucionalizar los derechos que han reconocido internacionalmente, y a no menoscabarlos en futuras reformas legales o constitucionales. Así mismo, es indudable que el marco de los Derechos Humanos por ser dinámico y social, forma parte de la organización de las sociedades, y con ellas, del Estado social de Derecho y de Justicia. Esa dinámica ha permitido entender como característica la especificidad de los grupos humanos y de sus derechos, no dejando posibilidad a la generalización de estos. También ese dinamismo posee una característica singular, que consiste en que bajo ninguna forma se pueden cambiar los principios y postulados en aras de restringir derechos a las personas.

Por tanto, los derechos humanos sólo se modifican con el objeto de ampliarlos, no de restringirlos. De tal forma que no existen límites en su ampliación pero sí prohibiciones en su retracción legal o constitucional. En consecuencia, frente a la inmutabilidad, la ampliación de un régimen legal de derechos humanos puede entenderse en una doble orientación: en primer lugar, con el fin de asegurar el reconocimiento de un derecho no consagrado y en segundo término, para garantizar su cumplimiento¹⁶. Por tanto, una forma de blindar los avances constitucionales en materia de derechos Humanos, consiste en la consagración de esta cláusula de inmutabilidad de los derechos humanos que se comporta como un verdadero límite a las reformas legales que lo desconozcan.

Destaca entonces la importancia que reviste el tener suficientemente explicados, asimilados y concebidos todos los principios generales de derechos humanos, y los principios particulares de los derechos humanos de los niños, al momento de abordar cualquier proyecto de ley sobre niñez, de tal manera que se detecten los retrocesos que pudiesen operarse en un cambio o reforma legal.

Podríamos decir, en definitiva, que la adecuación legislativa a la CDN se convierte así en una especie de "principio de los principios", toda vez que no se trata de cualquier adaptación legal, sino de una que respete las bases y fuentes internacionales de la doctrina de derechos humanos de los niños.

En fin, para lograr un Estado social de Derecho para la Infancia; la Convención sobre los Derechos del Niño; compromete a los países que la han ratificado a iniciar y continuar de manera sostenida y progresiva un grupo de medidas de distinta índole entre las que destacan con especial atención **las medidas de carácter legislativo**, transformando las leyes internas

¹⁶ El Instituto Interamericano de Derechos Humanos junto a otras organizaciones publicaron una guía que amplía sobre el dinamismo de los Derechos Humanos. Ver Derechos Humanos de las Mujeres: Paso a paso. San José, 1997.

en cuerpos que respondan a los principios y normas de Derechos Humanos, y consagren los mecanismos idóneos para hacer efectivos todos y cada uno de esos derechos. De allí que el artículo 4 de la CDN establezca expresamente que:

A la par, los Estados parte de la Convención están obligados a emplear y disponer de medidas judiciales que provoquen los cambios de la estructura y de los administradores de justicia, de manera que la práctica forense de los Tribunales de Niños se convierta por una parte en garantía de cumplimiento de los derechos humanos, especialmente a través de los dictámenes de protección, y por la otra, sirva de instrumento jurisdiccional contralor de las violaciones a los derechos de los niños, restableciendo las situaciones de hecho en las que se violan estos derechos, y sancionando a las personas o instituciones que resulten responsables.

También los países ratificantes de la Convención están obligados a dictar y ejecutar medidas de carácter administrativo creando condiciones reales a través de la adecuación institucional para que los derechos no sean amenazados, o para que en caso de amenaza sea fácilmente detectada, y para que las instancias de servicios públicos actúen conforme a los derechos reconocidos y declarados, de manera que los cumplan y garanticen.

Igualmente, los países deben adoptar providencias educativas, dirigidas a toda la población para que la formación en derechos humanos sea una constante nacional que permita ir fomentando las bases de una conducta social conforme a esos derechos declarados y reconocidos, al tiempo que debe extirpar las prácticas socioeducativas que pretenden justificar la violación de los elementales derechos de niños, niñas y adolescentes.

Otra de las medidas de interés que deben adoptar los Estados parte tiene que ver con la movilización de la sociedad, con el objeto de conocer y promover los derechos de los niños y adolescentes, identificando las situaciones de violación y de amenazas de su violación; participando en el fortalecimiento de las instancias que hagan posible la verificación y la eficacia de los derechos humanos para los niños. El fortalecimiento de las acciones para la garantía de protección integral está íntimamente vinculado con la organización de la sociedad en la exigencia de políticas públicas destinadas a vencer los obstáculos sociales, económicos y culturales que entorpecen el desarrollo integral de los niños y adolescentes. Para ello, es indudable la necesidad de fortalecer también a la sociedad civil y a sus organizaciones naturales. En el marco de estas medidas de movilización se hace imprescindible crear y multiplicar la cantidad de personas y organizaciones de la sociedad con el objeto de defender niños y adolescentes violados o amenazados de violación en sus derechos.

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

Bajo esta premisa, subsiguientemente se abordarán si bien no todos los principios de derechos de los niños, si aquellos que aparecen como fundamentales a la actividad de adecuación legislativa e institucional a la Convención sobre los Derechos del Niño, y que se encuentran contemplados en dicho instrumento.

III. Definición de Protección Integral. Elementos que la constituyen

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 PROTECCION INTEGRAL A LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Entendido así la Protección Integral tiene su fundamento en los principios universales de DIGNIDAD, EQUIDAD Y JUSTICIA SOCIAL, y con los principios básicos entre los que destacan el de IGUALDAD O NO DISCRIMINACION, el de EFECTIVIDAD y PRIORIDAD ABSOLUTA, INTERES SUPERIOR DEL NIÑO, y el de SOLIDARIDAD SOCIAL.

1. Elementos para la elaboración de un concepto de Protección Integral:

TEJEIRO LOPEZ¹⁷ (1998), 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 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 PROTECCION 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 **POLITICAS PUBLICAS 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 POLITICAS ESPECIALES** DESTINADAS BASICAMENTE A ATENDER DETERMINADAS CIRCUNSTANCIAS QUE PROVOCAN SITUACIONES DE VULNERABILIDAD A GRUPOS TAMBIEN 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:

¹⁷ Carlos Enrique Tejeiro López, TEORIA GENERAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA, (1998), p. 65, editado por UNICEF-Colombia.

DERECHOS A LA SUPERVIVENCIA.
DERECHOS AL DESARROLLO.
DERECHOS A LA PARTICIPACIÓN, y
DERECHOS A LA PROTECCIÓN.

Sin entrar a detallar ni explicar todos y cada uno de los derechos, un rápido mapa esquemático de estos grupos, siempre considerados como universales e interdependientes, nos permitirá ubicar los principales derechos contenidos en cada uno de ellos:

Grupo de Supervivencia: Comprendido por los derechos:

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: que comprende, entre otros derechos:

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, dirigir las, participar en ellas y celebrar reuniones.

Grupo de Protección especial: que, como se explicará más adelante, 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 desde la óptica de la prevención, ya desde la ejecución programática de atención universal como forma de protección.

De los derechos mencionados, contenidos 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 y niñas, 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, a la salud, a la educación, a la alimentación, al esparcimiento, a la asociación juvenil, a la cultura, a la libertad, a la justicia y, en fin, al conjunto de derechos relacionados con el desarrollo personal y social, con la integridad y con la 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.

Dogmáticamente, la trilogía Supervivencia, Desarrollo y participación reconoce condiciones subjetivas de derecho a todos los niños y niñas (Ejemplo, la vida, la familia, la educación, la nutrición, etc.) que en el deber ser existen de pleno derecho; mientras que en el derecho de protección especial se trata de la presencia de diversas situaciones objetivas y de hecho que perjudican el goce y disfrute real de determinados derechos por parte de un niño o niña en una situación concreta (sean de Supervivencia, desarrollo o participación, o de unos y otros). Por ello afirmamos que estos últimos son formulaciones plurales de derechos subjetivos (por ejemplo, todos los niños tienen derecho a la vida), mientras que la protección especial es una formulación singular de hecho o de diversos hechos que determinan un solo derecho, cual es el de estar protegido eficazmente contra estas situaciones, procurar y atender su inmediata restitución a nivel de goce efectivo del derecho violentado.

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, etc.), 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.

Algunas imágenes, graficarán claramente lo que hemos afirmado.



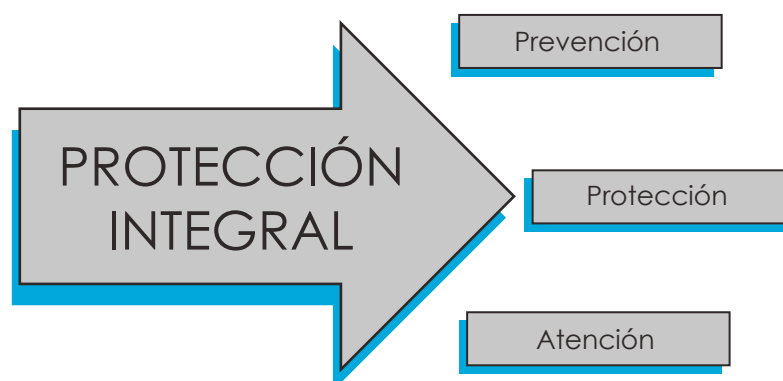
Como se aprecia del concepto que asumimos de Protección Integral, abarca principios, sujetos protegidos y derechos reconocidos, en una noción que ocupa de forma holística tanto la protección universal de derechos, como la protección especial.



En su exposición de motivos, la LEPINA es coincidente con el criterio de integralidad que se desprende del concepto y análisis que hemos formulado, y que forma parte ya de la conciencia de casi toda la producción legislativa de la región de América Latina y El Caribe. Así se expresa la exposición de motivos de la LEPINA:

"....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...”



DERECHOS HUMANOS PARA TODOS LOS NIÑOS Y NIÑAS -Protección Universal-

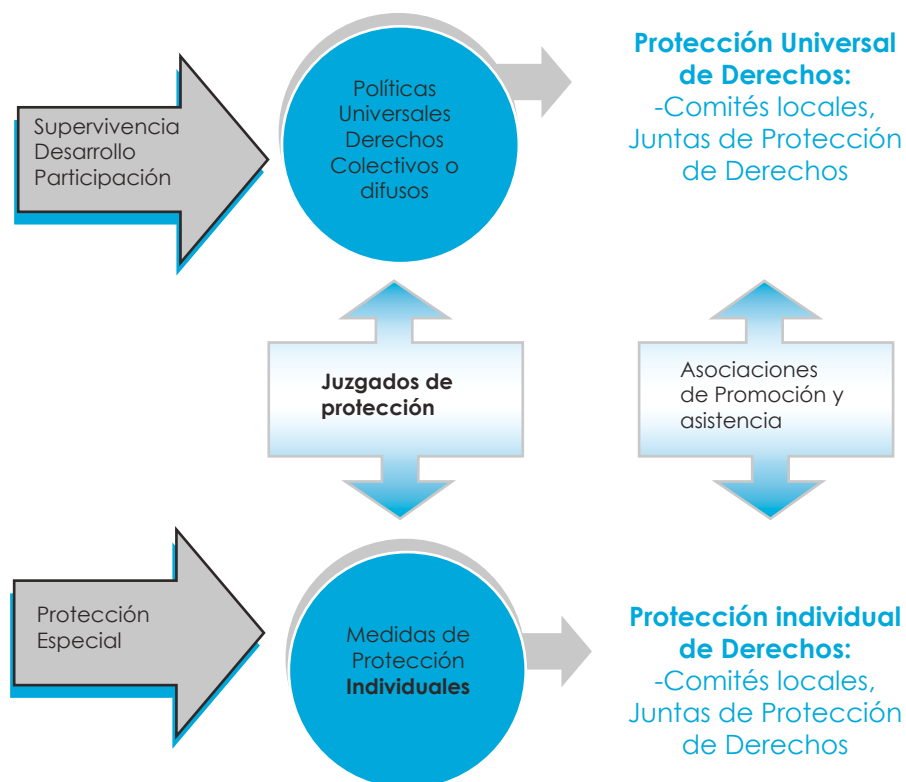
- Políticas Públicas
- Compromete toda la gestión pública en la afirmación, realización e implementación de los derechos de los niños
- El estado es un obligado de presentación de los derechos y está limitado en su autonomía por la propia estructura y organización estatal
- El sistema de control y restitución coactúa con el Estado
- Permanecen los mecanismos restitutorios, pero son secundarios

DERECHOS PARA NIÑOS VULNERADOS O AMENAZADOS -Protección Individual-

- Medidas Especiales de Protección
- Conductas de las familias (lactancia, escuela, nutrición, buen trato, etc)
- Sistema Penal (garantista) de Responsabilidad

La delimitación que se deriva del concepto de Protección Integral que acompañamos, analizamos y graficamos, 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 y El Caribe que han adecuado su legislación a la CDN e iniciado un proceso de instauración, funcionamiento y/o consolidación de estos sistemas.

Por ello, desde ya debe afirmarse que la conformación de estos Sistemas de Protección no constituyen un capricho legislativo, ni una aventura 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. El siguiente gráfico general, indica sobre tal afirmación, coincidente con el citado criterio de integralidad previsto en la LEPINA.



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

1. La Igualdad o no discriminación

Que es el pilar fundamental sobre el cual se edifica la filosofía de los Derechos Humanos y se erige como eje 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 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, lo abordaremos en el capítulo III, 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, así como porque 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 ulterior, 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 o niña), de que se trate con respecto a sus semejantes o pares (niños o adultos), 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, verbigracia, 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 CONVENCION, 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.

Resumimos en definitiva que:

1. La igualdad es prolegómeno de la filosofía Universal de los Derechos Humanos.
2. Tiene su alcance en asegurar los derechos humanos a cada niño o niña, y a todos los niños y niñas, sin distinción alguna. Esto es, que los niños o niñas no deben ser tratados de forma diferenciada, ni así contemplados en la legislación, por condiciones inherentes al propio niño, ergo por condiciones de sexo, edad, nacimiento, religión, opinión política o de otra índole. Debe anotarse particularmente que la opinión política del niño está

consagrada en este principio, entendiendo 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 o niñas sujetos a la jurisdicción del Estado parte, y no exclusivamente a sus nacionales, por lo que cualquier niño o niña, o 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 vinculados a conflictos armados, o víctimas de ellos¹⁸. 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 y niñas 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, 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, etc., del niño **o de sus padres, representantes, cuidadores o familiares**. Como se nota en el subrayado, ya no sólo privan las condiciones del sujeto protegido, sino también las de terceros vinculados inmediata o mediatamente a la vida y al desarrollo del niño. 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 tanto por su propia condición como por la que en un momento determinado detentan 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 por razón del conflicto o de las actividades de los padres, o por ambiente no apropiado, etc. Este aspecto tiene importancia en la consagración legal de la protección a los derechos de los niños, 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 a sus derechos humanos fundamentales. En la concepción minoril de las leyes que tuvieron vigencia por casi 100 años en Argentina, más de 60 en Venezuela, Ecuador, Guatemala, El Salvador y demás países de la Región, el mismo Estado que actuaba con negligencia y omisión en la garantía de los derechos a la salud, a la educación y al desarrollo integral de los

18 Como se procedió correcta y acertadamente en el caso de los 9 niños Colombianos vinculados al grupo armado descubierto en la Finca Daktari, en Caracas, Venezuela, en mayo de 2004, a través de una medida de protección dictada por el Consejo de Protección del Municipio Libertador, aplicando el artículo 38 de la Convención sobre Derechos del Niño y el Protocolo adicional sobre niños vinculados a conflictos armados.

niños, asumía que su deber era intervenir para tutelar sólo a un sector de la infancia: a la población que protegía bajo el requisito de calificarla legal e institucionalmente como “menores en situación irregular”, “en situación de peligro” ó “abandonados”, que sería igual que atender integralmente sólo a los más excluidos, olvidando la preeminencia de derechos para todos los niños, de todos los sectores sociales, sin distinción de clase social, aunque sin duda deba aclararse que ello implique atender con equidad a los violentados en sus derechos.

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 constriñe 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. Practica 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 abrigo, 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.

2. El 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 artículo 12 de la LEPINA consagra y desarrolla este principio, el cual analizaremos en el Capítulo III de esta obra.

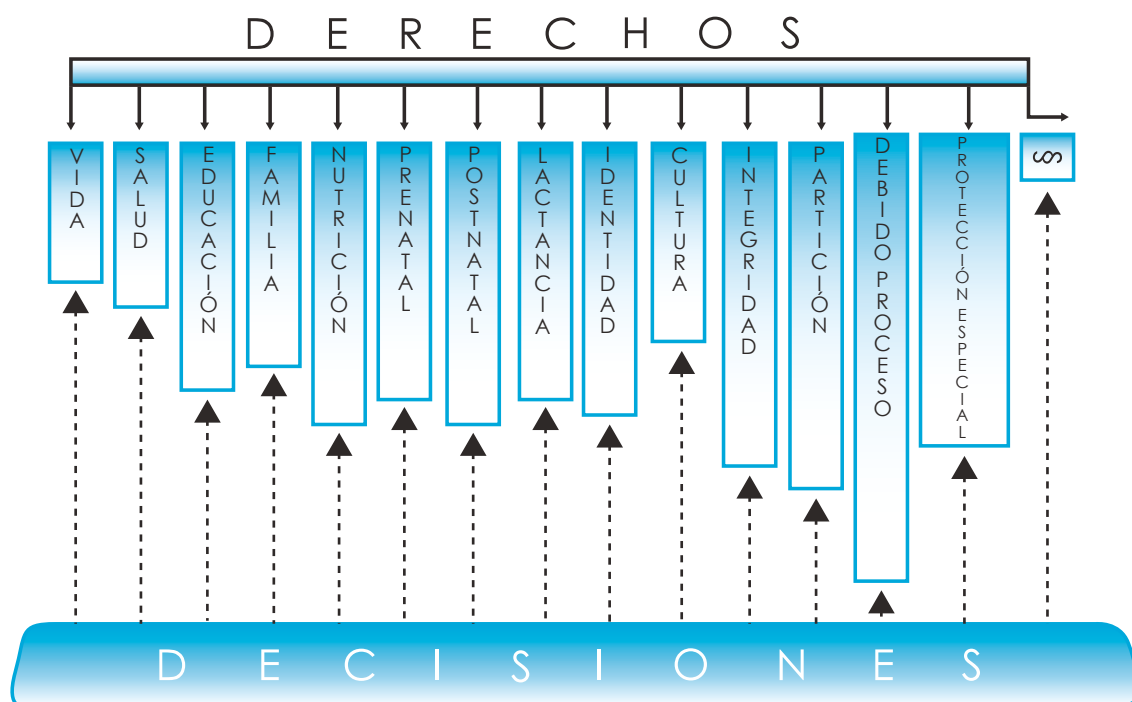
No se trata de un simple interés particular, porque consiste en un principio jurídico-social de aplicación preferente en la interpretación y práctica social de cada uno de los derechos humanos de los niños y adolescentes. Este principio trasciende la simple consideración de inspiración para la toma de decisiones de las personas públicas o privadas, al erigirse más bien como limitación de la potestad discrecional de estos, constituyéndose en vínculo normativo para la estimación, aplicación y respeto de todos los derechos humanos de los niños. Al decir de Miguel Cillero¹⁹, el interés superior del niño es un principio jurídico garantista y una limitación a la discrecionalidad por cuanto obliga a que en cualquier medida que se tome respecto de los niños, se adopten sólo aquellas que protejan sus derechos y no las que los conculquen.

De acuerdo al citado artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño y a la doctrina nacional e internacional, cabe preguntarse qué significa el interés superior del niño, puesto que la norma supra indicada ordena que "...una consideración primordial a la que se atenderá en la toma de decisiones es el interés superior del niño...", sin que lo defina o conceptualice expresamente. No obstante el grupo de normas que reconocen derechos en la CDN (verbigracia los artículos 9.1, 9.3, 18.1, 20, 21, 37), permiten conjugar el significado del interés superior del niño asimilado a la protección y garantía de sus derechos.

De tal manera que el Interés Superior del Niño no significa de manera alguna lo que los adultos o las instituciones crean o conciban como más conveniente o beneficioso para los niños en una situación particular, ni las convicciones de estos adultos, ni su experiencia, ni su cultura o tradiciones, porque la medida que tasa el interés superior del niño no es la discrecionalidad ni el libre arbitrio, sino los derechos y garantías de los niños. Por tanto, la medida será tomada en proyección a cuanto afecta a estos derechos humanos y no a la convicción del beneficio o perjuicio que los adultos crean que se genere. Como quiera que los derechos humanos son objetivos, no cabe duda que esas condiciones objetivas de derechos humanos se encuentran consagradas en la legislación nacional e internacional, y aún no estándolo es reconocida universalmente como tal, todo lo cual indica que el interés superior del niño se erige como una verdadera limitación o prohibición de la libre discrecionalidad de los decisores. En la medida en que la decisión afecte negativamente los derechos, existe prohibición de tomarla, so pena de estar violando el principio en comento.

Gráficamente podríamos representar los derechos en una regla (que puede llegar a ser infinita, en virtud de su carácter progresivo), como señalaremos en el grafico 1, y en ella colocamos todos y cada uno de los derechos reconocidos, desde los colectivos o difusos (universalmente considerados), hasta los de protección especial (individualmente considerados), y al momento de la toma de decisiones el ejercicio consistiría en enfrentar la decisión de que se trate a todos y cada uno de los derechos y garantías contenidos en esa regla. En la misma medida en que la decisión afecte negativamente a uno cualquiera de estos derechos, en esa misma medida estará prohibido decidir de esa forma, por razón de lo antes dicho, es decir, porque la decisión debe preservar o restituir derechos y no conculcarlos.

19 CILLERO, Miguel. "El Interés Superior del Niño en la Convención Sobre Derechos del Niño", en INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA pag 77 y 78. Editorial Temis. Buenos Aires. 1999.



Interés Superior del Niño: Las decisiones deben considerar primordialmente los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes

A partir del reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, el ejercicio de la autoridad, tenida como poder supremo y omnímodo, sin reglas ni principios que lo limiten, ya no es posible, todo lo cual no quiere decir de forma alguna que se pierde autoridad, sino que ésta se ejerce en consonancia con el respeto a la dignidad humana y a los derechos de los niños, léase entonces ejercicio y toma de decisiones conforme a los derechos humanos. En efecto, los derechos de los niños no niegan ni contradicen la autoridad de padres, maestros, responsables o representantes, sino que ésta autoridad estará rodeada de límites y prohibiciones de hacer y de no hacer. La conducta y las prácticas de las personas quedan así delimitadas y objetivamente circunscritas al contenido y alcance de cada derecho en particular, y de los principios de derechos humanos en general. Por ejemplo, la autoridad del padre o la madre, o de ambos, para orientar y corregir, está limitada entonces por el derecho a la integridad personal de sus hijos, por el derecho a no ser maltratados, que es igual a decir que se encuentra limitada esa autoridad por el principio del interés superior del niño. La autoridad sin límites y sin respeto al ser humano deja de ser autoridad para convertirse en autoritarismo, propio de las conductas autorizadas por la situación irregular, negadora de derechos. El Maestro podrá ejercer su autoridad como responsable de sus educandos, por ejemplo, para ordenar y disciplinar el comportamiento en el aula. El debate y el dilema, pues, no se encuentran en el ejercicio de la autoridad, sino en lo que entendemos por esta autoridad y las formas en que se asumen. Quien ejerce la autoridad está en la libertad de respetar o no los derechos de los niños en la práctica de esa autoridad, sin embargo, si elige el segundo camino, el de ejercer autoridad represiva, injusta e inhumana, no sólo no merece ser autoridad (no merece ser padre, o no merece ser maestro, o no merece ser juez, por ejemplo), sino que además debe atenerse a las consecuencias de su acto arbitrario. Como quiera que los derechos humanos constituyen una limitación del poder y de la arbitrariedad, y se comportan como un freno absoluto al desconocimiento de la dignidad humana; quien

prevalecido de tal autoridad ejecuta actos u omisiones que violen derechos de los niños, debe ser sancionado. Por ejemplo, quien maltrate a un niño o niña, física o síquicamente, será penado con prisión de uno a tres años, como lo establece el artículo 254 de la Ley venezolana, o quien estando obligado (un juez²⁰, un Fiscal, un defensor de niños, etc, conforme al artículo 291 de la misma ley), a denunciar una violación de derechos no lo hiciere, será penado con prisión de tres meses a un año. De manera que la limitación al ejercicio de la autoridad no sólo es un asunto de conciencia, sino también de reglas impositivas que se aplican en caso de su desconocimiento. Sobre este aspecto ahondamos en esta misma obra en el Capítulo IV, en ocasión del análisis de los Principios Rectores de la LEPINA

Tampoco el Interés Superior del Niño consiste en lo que el niño quiere o desea, o lo que piensa que le es más beneficioso, porque así como este principio limita la toma de decisiones por parte de los adultos, no permite que sea tampoco el niño el que vulnere o coloque en situación de amenaza sus propios derechos. Si el deseo del niño o niña, o su creencia, es contraria a sus derechos, o los viola o amenaza, aplicar el principio del interés superior significa prohibir esa conducta, con respeto a su dignidad y con alto grado de humanidad. Un ejemplo de ello está en la posible conducta de un niño o niña que al integrarse a una secta religiosa pueda atentar contra su vida. Recordemos que conforme a la definición de la medida de protección en la mayoría de las nuevas legislaciones de derechos humanos de los niños, como el caso de Venezuela en artículo 125 de la LOPNA, El Salvador en el artículo 119 inciso segundo de la LEPINA, el propio niño puede ser el amenazante o violador de sus derechos, y en ese sentido la medida puede ser dictada aún en contra de su voluntad. En resumen, no todo lo que

20 La decisión del juez al respecto debe estar orientada por el Interés Superior del Niño, principio universal que guía e informa como motivación jurídica y filosófica a la doctrina de protección integral de los niños, y que se encuentra contenido en el artículo 3 de la Convención internacional sobre Derechos del Niño, suscrita y ratificada por Venezuela en fecha 29 de agosto de 1990, con publicación en Gaceta Oficial Nro. 34.541, y en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Aunque la norma precitada no hubiese remitido al interés superior del niño al juez decisor del conflicto sobre la autorización de viaje, éste principio es de obligatoria observancia en todas las decisiones que tomen las autoridades, sean judiciales o no, personas naturales y personas públicas o privadas. Por tanto, interesa a esta Corte, por considerarlo útil en todos aquellos asuntos en que se cita al Interés Superior del Niño, dejar asentado que este principio es de carácter garantista, por cuanto constituye un mecanismo que: a) está dirigido a la garantía efectiva de los derechos de los niños y adolescentes, esto es, que en todas las decisiones que respecto de los niños tomen las autoridades o personas mencionadas, la consideración primordial es la efectividad de sus derechos, y en tal sentido, si frente a una decisión determinada sobre un particular caso, se afecta uno cualquiera de los derechos de los niños, esa decisión no debe tomarse, lo que obliga a un también particular análisis por parte de aquel o aquellas personas que están tomando la decisión, análisis de carácter lógico y coherente, además de exhaustivo, que permita desentrañar de forma inequívoca cómo y cuánto esa decisión perjudica, viola o amenaza uno cualquiera de los derechos de los niños. Ello sólo permite la excepción o excepciones que expresamente autorice la ley positiva, como por ejemplo el artículo 26 de la Ley de la materia, en su parágrafo primero; y, b) Es un principio de limitación de la libertad discrecional de todos aquellos que toman decisiones respecto de los derechos de los niños o adolescentes, por cuanto condiciona el libre albedrío del juez a una subsunción exclusiva de derecho, prohibiendo al decisor de esa manera tomar decisiones que provengan de su convicción, de sus creencias o de su parecer, ya que, se insiste, la decisión o decisiones que no atiendan al respeto, cumplimiento y/o garantía de los derechos humanos de los niños, violentarían este principio de interés superior. De esta manera, la regla que opera con carácter imperativo es la prohibición de discrecionalidad en las decisiones de los jueces, por lo que ateniéndose exclusivamente al interés superior del niño, ningún sentenciador debe decidir lo que a su manera de ver es más beneficioso al niño, o aquello que su máxima de experiencia o sana crítica le indica que lo es, sino al derecho de que se trate y a las condiciones subjetivas de derecho que la norma preestablezca para su garantía. En tal sentido, no opera la convicción del juez o las reglas de la sana crítica igual que en materia de derecho común, o en materia de procedimiento civil, sino que son preeminentes en cualquier decisión los derechos de los niños o adolescentes, lo cual tiene un evidente significado de limitación a las potestades discrecionales del juez. Y así se establece. (Sentencia de la Corte Superior Segunda del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente del Área Metropolitana de Caracas, Asunto AP51-R-2006-011255, de fecha 27 de julio de 2007, Ponente: Yuri Emilio Buaiz)

el niño exprese u opine o forme parte de la toma de sus decisiones, resultaría respetuoso de sus propios derechos o garantías, lo cual no significa de manera alguna que se deje de escuchar su opinión, pero no necesariamente "...tomar en cuenta su opinión..." signifique actuar conforme a ella, si esa opinión conduce a una violación o amenaza de derechos.

Finalmente, en cuanto a las adecuaciones legislativas, es necesario afirmar una vez más, que la toma de decisiones de los legisladores al diseñar y aprobar leyes que de forma especial, general o particular estén referidas a la niñez y adolescencia; una consideración primordial a la que deben atenderse es a revisar si las normas que están decidiendo son conformes a los principios y postulados, y en definitiva, si son o no respetuosas de los derechos de los niños, a los cuales se dirigen estas normas.

3. La 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..."

La efectividad como principio está dirigida a consagrar las garantías de los niños y adolescentes, esto es, a establecer los mecanismos de cumplimiento de la Convención sobre Derechos del Niño, y por ende, de los derechos reconocidos a esta población. Para entender este principio, precisamos entonces delimitar el concepto de derechos (referidos a los derechos humanos), del concepto de garantías.

Antes de conceptualizar los derechos humanos debemos precisar que partimos del entendimiento de que estos constituyen un proceso de afirmación de la humanidad en la búsqueda de una sociedad justa y por tanto constituyen verdaderas conquistas histórico-sociales de la humanidad, oponibles al poder y a los distintos factores que lo representan, que tienen como fundamento, en su más amplio sentido, la dignidad, la igualdad y la justicia. Dicho esto, en términos lacónicos definiremos a los derechos humanos como todas las condiciones subjetivas reconocidas universalmente a todos los seres humanos, sin distinción de ninguna índole.

De acuerdo con Ferrajoli²¹, 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 de 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 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

21 Ferrajoli, Luigi. Derechos y Garantías: La Ley del más débil. Pag. 39 a 60

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, etc. 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:

- a. La declaratoria de nulidad de los actos que violan, menoscaban o amenazan derechos humanos.
- b. La obligación de restituir el derecho infringido, o de dar cumplimiento a un derecho humano determinado, y
- c. Las sanciones a los que resulten responsables de los actos violatorios de derechos humanos.

Así, en el mismo ejemplo del derecho a la educación antes dicho, el derecho reconocido requerirá además de las garantías primarias, los órganos encargados de la declaratoria de nulidad, la orden de restitución y las sanciones.

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 eiusdem. 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 diáfana claridad 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.

4. La 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”

Expresa así el principio contenido en esta norma internacional que los Derechos humanos de los niños y niñas deben ser atendidos con prioridad absoluta. Significa este principio que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos para propender a la protección integral y, de ser necesario, recurrir a la cooperación internacional.

Que los derechos de niños 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.

En un sentido práctico de las políticas públicas, significa que a la hora de su diseño y ejecución, primero y en primer lugar estará el análisis de la situación de los niños, la aplicación de políticas, incluyendo acciones, planes, programas y presupuestos hacia esta población, dirigidos a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, antes que otro sector social, pero si acaso no fueren suficientes los recursos nacionales para la aplicación de las medidas que impone el principio de prioridad absoluta, también con prioridad se debe recurrir a la cooperación internacional, lo que en la práctica de la política de solicitud de cooperación significaría colocar en primer plano de la ayuda a los niños, antes que los compromisos derivados de otras acciones del Estado.

Así, en el marco del relacionamiento entre ambos principios: la efectividad, (entendidas las garantías como obligación del Estado), y la prioridad absoluta (entendida como garantía primaria específica para transformar la política pública y las instituciones del Estado), resulta obvio que el deber de prestación de los derechos sociales, económicos y culturales está obviamente relacionado a los mecanismos con que cuenta el Estado para su satisfacción, en donde no tiene cabida seguirlos confiando a la discrecionalidad que ha funcionado de manera perversa para excusar la supresión progresiva (y sistemática), de estos derechos. Entenderlos como simples servicios sociales que se dejan a la discrecionalidad del Estado, o a los favores de asistencia social, o sacrificarlos por las situaciones de crisis que atraviesan los países, negociando estos derechos en el mercado, constituye otra perversión para justificar su negación sistemática. La afirmación de Ferrajoli²² es así un significativo aporte si queremos analizar las realidades institucionales de nuestros países desde una perspectiva crítica y propositiva, a la luz del principio de prioridad absoluta, cuando expresa que "...los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y político: tanto porque estos derechos, a diferencia de otros, tienen un coste elevado, aunque seguramente no mayor que el de su tutela en la formas paternalistas, y clientelares de prestación, como porque, de hecho, a falta de adecuados mecanismos de garantía, su satisfacción ha quedado confiada en los sistemas de welfare a una onerosa y compleja mediación política y burocrática que por sus enormes espacios de discrecionalidad constituye la fuente principal de despilfarros, costes y, sobre todo, ineficacia."

En el desempeño del Sistema Nacional de Protección de Niños y Adolescentes, los órganos encargados de ejercer el control de las políticas públicas, están encargados de velar por el cumplimiento de este principio de prioridad absoluta, por lo que deben ejercer funciones de vigilancia y evaluación de los presupuestos, de los recursos públicos, y proponer la política social, económica y cultural, y en general la de derechos colectivos o difusos en la nación, en los municipios y en los Estados, así como las acciones y programas para la atención individual (protección especial), de los niños y adolescentes. Significa entonces que la revisión del presupuesto público destinado a niños y adolescentes, que están obligados a realizar anualmente – según las legislaciones de los distintos países de la región-, los Comités o Juntas, o Comisiones de Derechos de la Niñez y Adolescencia, no se limita a revisar si ésta población está contemplada en los recursos nacionales, estatales, cantonales o municipales, sino que se encuentren contemplados con prioridad absoluta, de tal suerte que den cobertura suficiente a los derechos universales (colectivos o difusos) y al derecho de protección especial. Siendo así, no se trata de un mínimo presupuestario asignado para la cobertura de derechos de los

22 Ferrajoli, Ob. Cit.

niños y adolescentes, sino del máximo de los recursos. Prioridad se entiende en ese contexto como “antes de...” y “más que...”, por lo que debemos leer la prioridad absoluta de los derechos de los niños y adolescentes como la consideración primordial antes de cualquier otro sector social y con mayor asignación que otros rubros presupuestarios.

Sería un grave error no contemplar la atribución de diseño, control y evaluación de las políticas públicas a cargo de estos órganos colectivos, o pretender que esta le sea atribuida a los propios órganos que diseñan y ejecutan la política pública, puesto que obviamente, por su contrasentido, sería nugatorio el control de lo que ellos mismos están obligados a ejecutar. Tampoco sería coherente con el principio de prioridad absoluta instaurar normas legales que obstaculicen su efectividad, como sería negar a los órganos locales de protección integral (Comités locales o Comisiones provinciales o Municipales de Derechos en particular), el conocimiento y análisis de la situación de los derechos de los niños y adolescentes en su ámbito jurisdiccional, o negarles la posibilidad de hacer la propuesta presupuestaria para la debida aprobación por parte de los cuerpos legislativos, o hacer depender de una autoridad única nacional tal asignación, a través de un Ministerio o una Dirección central.

De igual manera, es necesario vincular este principio de prioridad absoluta a las políticas propias del sistema de protección de la niñez y adolescencia, en razón de que como órganos de naturaleza pública también están obligados a concebir esta política de organización y funcionamiento, así como los recursos destinados para ello, con particular celo en el cumplimiento del principio de prioridad absoluta, esto es, designar el máximo de los recursos al cumplimiento y garantía de los derechos humanos de los niños, y no, por ejemplo, a la burocracia institucional. En tal sentido he visto, con preocupación, como se violenta este principio, cuando por ejemplo se solicitan recursos burocráticos de funcionamiento de algunos órganos del sistema de protección, pero en ningún momento opinan, como mínimo, acerca del presupuesto anual destinado a las políticas públicas y mucho menos exigen que éste de cumplimiento al mencionado principio.

En la conjunción de los principios de prioridad absoluta y efectividad, se desprende a todas luces el carácter principal que asumen los derechos humanos de los niños en cualquier circunstancia, o ante cualquier otro interés del Estado, de sus funcionarios o de las personas que tienen a cargo decisiones trascendentales en la vida y el desarrollo de los niños. Aspectos sustanciales en las definiciones y estructura pública del Estado, como lo serían la política económica, no encuentran legitimidad si asumen el control de sus decisiones abstrayendo la consideración primordial de los derechos de la niñez. No obstante “muchos gobiernos han justificado su contravención a los derechos como una medida necesaria para lograr un rápido desarrollo económico. La preocupación por la justicia social y la igualdad no es compatible con una aplicación estricta de las fuerzas del mercado. En este contexto, los derechos de los niños no son una excepción.”²³

5. La Corresponsabilidad o principio de solidaridad social

Tal como hemos visto en los cuatro principios anteriores, siendo los niños y las niñas 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

²³ Sheridan Bartlett, y otros. Ciudades para los Niños, pág. 17

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 otra 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 o niña, el Estado, la Familia y la Sociedad.

5.1 La participación de los niños, niñas y adolescentes

El Principio de corresponsabilidad parte de que la participación en el ejercicio de los derechos es un asunto básicamente del niño o niña, es decir que la obligación de los padres, por ejemplo, no es la de participar por el niño, sustituyendo la condición de sujeto social de derechos que la Convención les reconoce.

De esa forma, el niño o niña es el sujeto más importante en el ejercicio de sus derechos, como tenedor/titular que es de los mismos. El Estado, la familia y la sociedad no pueden sustituir el ejercicio directo de los derechos humanos de los niños. De manera que resalta la obligación en que están más bien, de generar las condiciones para que efectivamente el niño ejerza sus derechos. Una consideración o práctica distinta a esta afirmación conduce a entender a los niños o niñas como objetos de los adultos y de las instituciones.

El sujeto legítimo de la participación y del ejercicio directo es, en definitiva, el niño, niña o adolescente. El Estado, la Familia y la Sociedad se comportan entonces respecto a ese ejercicio como garantes y ordenadores del efectivo disfrute de los derechos, con plena sujeción al carácter imperativo de las normas. Para ello, la formación en un ambiente de libertad, justicia, participación y democracia, es parte de la formación y orientación para el ejercicio de los derechos.

La naturaleza positiva de los derechos humanos, y el carácter integral que les anuncia como principio, precisa de su disfrute de manera ineluctable, como precisa de la orientación adecuada para ejercer derechos y cumplir deberes.

La adecuada orientación expresada en el artículo 5 de la CDN, imprime naturaleza de responsabilidad social al ejercicio efectivo de los derechos humanos de los niños o niñas, al asignarle al Estado, a la familia y a la sociedad tal misión. Así, como en otra oportunidad²⁴, refiriéndome a los deberes de los niños, lo afirme, en el ejercicio de los derechos se destaca una doble dimensión:

a) para los niños y adolescentes de manera progresiva, lo cual significa que están íntimamente vinculados a la evolución de sus facultades;

b) para los adultos, padres, responsables, familiares, instituciones próximas al desarrollo

²⁴ Consideraciones para el debate: LOS DEBERES DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES, VII Jornadas de la LOPNA, UCAB, pág. 49

del niño, de manera inmediata y permanente, por el deber que asumen en garantizar la orientación, educación y contribución al desarrollo de las habilidades de los niños y adolescentes para el ejercicio efectivo de sus derechos.

Esta doble dimensión jurídica la consideró el legislador al afirmar en la exposición de motivos de la LEPINA al referirse a la Corresponsabilidad acierta al expresar que "...la sociedad corresponsable es entendida en sentido amplio y genérico, no sólo se refiere a las organizaciones no gubernamentales tradicionalmente especializadas en el trabajo con niñas, niños y adolescentes. **Debe incorporarse plenamente a la niñez**, al profesorado, a las asociaciones vecinales, culturales, al sector empresarial y otros. De no ser así, se corre el riesgo de que pequeños sectores de la sociedad sean los que manejen la protección, siendo esta dispersa y atomizada...", lo cual es además absolutamente coherente con el intelecto de la fuente inmediata de la LEPINA, es decir, con la Convención internacional sobre los Derechos del Niño. Los adultos tenemos la responsabilidad de garantizarles a los niños una formación adecuada a las diversas edades por las que transitan hasta su desarrollo integral. En tal sentido, la formación y educación en derechos y deberes que comprende además el desarrollo de los niños en un ambiente de respeto y dignidad humana, es determinante en la conciencia individual y social de los niños, para atender a la exigibilidad progresiva en el cumplimiento de sus deberes. Si los adultos no cumplimos la tarea, aún estando obligados legalmente por razón del ejercicio de la Autoridad Parental, por ejemplo, los niños tampoco cumplirán la suya. Será cuesta arriba exigirle a un niño que respete los derechos de las demás personas cuando la familia, la escuela, la comunidad o todos han irrespetado los suyos.

Por otra parte, la orientación adecuada a la que se refiere la CDN debe hacerse en consonancia con el desarrollo del niño, lo que también permite entender que en la medida en que hay mayor desarrollo, tiende a desaparecer progresivamente (o proporcionalmente), la intervención del Estado, La familia y la Sociedad con esos fines, lo que podemos representar de la siguiente forma:



Por último el principio de solidaridad social o corresponsabilidad, en cuanto a esta primera parte, debe leerse e interpretarse en conjunción con los de efectividad y prioridad absoluta,

porque si bien éste último obliga a las medidas de goce, disfrute y garantía de los derechos de los niños en un sentido amplio; el de solidaridad explica el deber de comunidad y padres en orientar el pleno ejercicio de los derechos por parte del niño.

5.2 Las obligaciones del Estado

La principal responsabilidad del Estado consiste en la prestación (positiva o negativa), correlativa a todos y cada uno de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, tal como se analizó suficientemente al tratar en este mismo ensayo el principio de efectividad y particularmente las garantías primarias.

De esa forma, el Estado está obligado a garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo humano de los niños, niñas y sus familias. Resultan clarificadores en este sentido, por ejemplo, los artículos 6, numeral 2 relacionado con el artículo 27, todos de la CDN, acerca de la responsabilidad del Estado en generar condiciones de vida dignas a través de políticas públicas dirigidas a las familias, para que éstas a su vez puedan cumplir el papel y la responsabilidad para con sus hijos. En igual sentido el artículo 16 de la LEPINA en concordancia con el artículo 20 eiusdem.

Así, no se puede exigir a una familia que cumpla, por ejemplo, con la alimentación nutritiva y adecuada a sus hijos, cuando carece de las condiciones elementales para hacerlo, o cuando es evidente la ausencia de políticas de empleo dirigidas a los padres. Sirva de ejemplo de aplicación judicial del principio de corresponsabilidad y en particular de la responsabilidad del Estado, como hemos explicado en este punto, la decisión dictada por la Corte de Protección de Niños y Adolescentes de Caracas, Venezuela, en el año 2006, cuyo extracto se cita siguientemente:

“De esa manera, es criterio de esta Corte que cuando los obligados alimentarios (padre y madre), carecen de los recursos suficientes para garantizar el sustento de sus hijos en los términos en que queda expuesto por el artículo 30, en concordancia con el artículo 365 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, y de las normas constitucionales de los artículos 75 y 76; existe sin duda una falencia estructural de índole social que, en todo caso, perjudica el normal y adecuado desarrollo del niño o adolescente. Frente a esas insolvencias estructurales de carácter socioeconómico, la misma norma legal comentada, en su parágrafo primero y segundo, responsabiliza al Estado como garante de las condiciones adecuadas a la familia para que ésta última pueda satisfacer los derechos alimentarios de sus hijos.

En otros términos, la condición socioeconómica de la familia es una determinante en el nivel de vida adecuado, en su alimentación y demás aspectos señalados, como también es una determinante la atención del Estado para garantizar que la familia pueda cumplir esta función. Este indiscutible silogismo permite entender que difícilmente, una familia que no ha tenido, ni tiene oportunidad para su superación o fortalecimiento socioeconómico, pueda cumplir adecuadamente con el rol de alimentación a sus hijos.

Pretender continuar dejando sólo en la familia el peso de esta garantía, es desconocer la realidad social y la obligación legal del Estado en estos casos, por tanto, resulta acertado afirmar que en atención a la norma legal, tantas veces citada acerca del nivel de vida adecuado para el desarrollo de los niños, se aprecien estas disposiciones legales como

concomitantes en las decisiones judiciales sobre obligación alimentaria cuando de la secuela procesal probatoria, se desprenda que existen condiciones que imposibiliten a la familia (en este caso, a los progenitores), en dar cumplimiento al sustento de sus hijos.

Siendo el derecho alimentario un derecho humano fundamental, el Estado activo de derechos humanos, como es definido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe asumir su responsabilidad como garante, a tenor del artículo 19 del máximo texto legal del país, transformándose así en el factor determinante de la política pública para constituir la sociedad del siglo XXI. Y así se establece.-

En este mismo contexto, aprecia esta Corte que insistir en que la precariedad de los obligados alimentarios, no constituye elemento para dejar de fijar el quantum de la obligación alimentaria sin que existan o se ordenen medidas positivas a favor de la familia, se convierte en un contrasentido y en un oscuro velo que oculta la realidad de los obligados, por una parte, pero al mismo tiempo produce decisiones de difícil o de ilusorio cumplimiento, por la otra, lo cual configura una imposibilidad material de ejecución del fallo, contraviniendo lo que dispone el artículo 243, en concordancia con el artículo 244, del Código de Procedimiento Civil. En efecto, fijarle el quantum a un obligado alimentario sin que éste disponga de los recursos para cumplirlo constituye un subjetivo fallo que generaría acciones judiciales futuras y próximas que perseguirían el cumplimiento de la obligación no pagada.

En esta eventualidad, es decir, cuando la familia no puede procurar el sustento de sus hijos o cuando de alguna u otra forma se violen o amenacen sus derechos, el legislador de la materia previó la actuación del Sistema de Protección, y en particular, de los Consejos de Protección del Niño y del Adolescente, a fin de que se dicten medidas de protección, conforme al artículo 126 de la ley especial, específicamente en su literal "a" que remite a la aplicación de alguno de los programas del artículo 124 eiusdem, y específicamente el programa del literal "a" de esta última norma legal. No utilizar esta vía de protección especial para subsanar las falencias socioeconómicas estructurales de la familia, sería dejar inoperante la norma jurídica por una parte, y la institucionalidad creada por el Estado venezolano para la efectividad de los derechos humanos de los niños y adolescentes, por la otra.

De tal manera que esta alzada insiste en que frente a la precariedad de los obligados alimentarios (padre y madre), se activa la garantía del obligado en materia de derechos humanos, que no es otra que la de generar las condiciones para que los precarios dejen de serlo, y éste obligado, de acuerdo a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en su artículo 30 y a la Constitución de la República en sus artículos 19, 75 y 78, es el Estado, quien debe hacerlo a través de las diversas estrategias de atención social previstas en la ley de la materia. Esta forma de atención y garantía por parte del Estado, constituye así especial tarea para el logro de los objetivos trazados en la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en sus artículos 2 y 3, y particularmente cuando enuncia y consagra la igualdad y la dignidad de la persona humana como fines esenciales del Estado, todo lo cual sería imposible si no se atienden de forma prioritaria, incluso asistencial y estructuralmente, a los sectores que de una u otra forma se encuentran excluidos de las atenciones que le brindarán un nivel de vida adecuado. En tal sentido, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en su artículo 124, consagra estrategias de políticas y programas adecuadas para la

asistencia y fortalecimiento socioeconómico de las familias en situación de pobreza, entre ellas la del particular “a” de la citada disposición legal, sin que ello impida que se dicten y ejecuten en las familias excluidas otros programas y acciones para su fortalecimiento socioeconómico. Y así se establece....”(omissis)

“...Tales circunstancias procesales fueron apreciadas en el Tribunal de Primera Instancia entendiendo que “...no es necesario para reclamar alimentos a quien los debe que el niño o adolescente deba probar su incapacidad económica, ya que la obligación de los progenitores de contribuir con sus gastos, no cesa por el hecho de la capacidad material de quien los tiene...”, agregando que la obligación alimentaria no puede eximirse por cuanto deviene de la ley y no de la convención o acuerdos entre las partes.

Para esta Corte, si bien la anterior afirmación en la sentencia recurrida es una premisa cierta, resulta incompleta por cuanto si no está probada la capacidad material de quien tiene la obligación, siempre subsiste ésta, pero si esa capacidad no existe, es insuficiente o precaria para cubrir las necesidades alimentarias a que se contrae de manera amplia el artículo 365 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en concordancia con su artículo 30, debe el juzgador apreciar tales circunstancias y decidir acerca de las medidas adicionales que logren cubrir las necesidades integrales de alimento al niño, por cuanto el objeto fundamental de los procedimientos de obligación alimentaria es el derecho que tiene el niño a una alimentación adecuada, y el juez en tal caso, debe hacer prevalecer el interés superior del niño, entendido éste como la satisfacción de sus derechos y garantías, ordenando en consecuencia el inicio del procedimiento administrativo que puedan acordar las medidas que contribuyan a complementar las falencias, insuficiencias o precariedades de los obligados alimentarios, aún cuando no fuesen solicitadas. No se trata pues de que el Estado sustituya o cumpla la obligación alimentaria que tienen los padres para con sus hijos, sino que cumpla el Estado con la obligación que tiene de crear las condiciones a las familias para que puedan cumplir ese rol adecuadamente, por tanto, la obligación del Estado en garantizar las condiciones que permitan a los padres cumplir con su responsabilidad no debe entenderse como exclusión de las que tienen aquellos para con sus hijos, siempre que tengan tales condiciones, pues no se trata de que los padres eludan o soslayen la obligación que tienen de alimentar a sus hijos y de proveer un nivel de vida adecuado y digno, ni de que el Estado pague lo que por este concepto obliga el artículo 365 de la ley de la materia, sino que proporcione las condiciones a la familia para lograr el disfrute de un nivel de vida adecuado. Y así se establece.

En este mismo orden de ideas, quienes suscriben el presente fallo observan que el a quo, en la sentencia apelada, deja establecido que: “ ...los deberes de protección a la familia y a los niños y adolescentes de la Constitución Bolivariana de Venezuela (sic) y demás leyes que imponen al Estado su protección, no concluyen en modo alguno las obligaciones que en tales materias se imponen a los progenitores y familiares de los niños y adolescentes Dichas (sic) imposiciones están recogidas, con respecto a los alimentos, en el artículo 282 del Código Civil y 366 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente;...” dejando inadvertido esa Sala, a juicio de esta Corte, que de acuerdo a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el Estado es el principal obligado en la garantía de los derechos humanos de las familias y de los niños y adolescentes, y que cuando es la familia quien carece de los recursos para la manutención y alimentación de sus hijos, estamos en presencia de una resultante consecencial de una causa principal, cual es la exclusión social. En consecuencia, es

indubitable que los derechos humanos de los niños y adolescentes no resultan de manera alguna satisfechos y garantizados cuando se obvian las causas estructurales que dan origen a su insatisfacción, amenaza o violación. Por tanto, si bien los progenitores tienen el deber compartido de atender a sus hijos, lo que también es alimentarles en el amplio sentido en que lo concibe el propósito de la legislación venezolana, el Estado tiene el deber constitucional y legal de proteger a las familias para que estas puedan cumplir su rol. De otra manera, no tendrían explicación alguna la existencia de los principios constitucionales de responsabilidad y centralidad en la obligación de garantía de los derechos humanos (artículo 19), de protección familiar (artículo 75) y de protección integral a los niños y adolescentes, que comprende entre otros el principio de Prioridad Absoluta (artículo 78), ni tampoco tendrían función alguna los indicados artículos 30 y 124 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, ni la institucionalidad encargada de las medidas y estrategias de protección en situaciones especiales como es la carencia o precariedad de medios socioeconómicos de las familias para atender a sus hijos, que establecen los artículos 125 y 126 eiusdem. Por otra parte, entendiendo el alcance de la obligación alimentaria en los términos, contenido y límites de la normativa constitucional y legal, y tal como ha quedado establecido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia antes citada, no puede el órgano judicial de protección de niños y adolescentes, dejar de iniciar tales procedimientos ante los órganos administrativos, puesto que resulta del mandato constitucional que impone al Estado proteger a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Y así se establece.

Del minucioso análisis de las actas procesales y de la sentencia recurrida, se concluye que la necesidad de la adolescente YYY, queda evidenciada en razón de ser un sujeto beneficiario de la obligación de terceros y no la obligada a proveerse sus propios alimentos, como también indiscutiblemente queda asentado que ambos progenitores XXX y ZZZ deben cubrir las necesidades alimentarias de la mencionada niña, pero que ante la precariedad manifiesta de los progenitores se debió dar inicio al procedimiento administrativo de protección por ante el Consejo de Protección del Niño y del Adolescente del Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital, a fin de que éste determine la procedencia de alguna de las medidas a que se contrae el artículo 126 de la ley de la materia. La medida de protección en tal caso, no debería bastarse con una estrategia asistencial temporal, sino que debe ser acompañada de una estrategia programática que permita superar sustancial y permanentemente la precariedad que origina la violación o amenaza al derecho alimentario, y, por tanto, se impondría la aplicación de una secuencia de acciones que progresivamente coadyuven a superar definitivamente las condiciones socioeconómicas de la familia, tales como integración de los padres a programas de formación laboral, de fortalecimiento educacional u otros, que fácilmente pueden conjugarse en las notorias estrategias del Estado como son las misiones sociales, entendidas como política pública para la superación de la exclusión social. En ese contexto, la medida de protección sería apropiada para atender temporalmente las carencias socioeconómicas de la familia, ordenando la integración al programa de asistencia que establece el literal "a" del artículo 124 de la ley de la materia en cuanto a atención material se ofrece, y paralelamente atender el fortalecimiento definitivo de esa familia, a través de una de las estrategias de política de Estado en Educación, Formación para el Trabajo, Vivienda, u otras que sean necesarias según determine el caso. En definitiva, ante la precariedad o la insuficiencia de los progenitores para dar la adecuada cobertura a las necesidades alimentarias de un niño en particular, que son todas aquellas indicadas en los artículos 365 y 30 de la Ley Orgánica para la Protección

del Niño y del Adolescente, considera esta Corte que es un deber ineludible del Juez de Protección del Niño y del Adolescente iniciar el procedimiento administrativo de protección, como ha quedado señalado, porque de lo contrario quedaría inconcluso el fallo, pero lo que es más importante, quedaría defenestrado el Interés superior del niño, el cual es en estos casos, el de la garantía de su derecho alimentario. Y así se establece.

Por tanto es convicción de esta Corte Superior que, tratándose de derechos humanos de los niños que son de progenie constitucional, consagrados en el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y materia de orden público por el artículo 12 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, los Jueces Unipersonales de Protección de Niños y Adolescentes que conocen de procedimientos de obligación alimentaria en donde quede demostrada la precariedad de los obligados alimentarios para atender el nivel de vida adecuado de sus hijos, están en el deber constitucional y legal de iniciar los procedimientos administrativos de protección ante los Consejos de Protección del Municipio al que corresponda, tomando en consideración las reglas de competencia en razón del territorio establecidas en el artículo 290 de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente, y el carácter de legitimados que para iniciar tales procedimientos tienen los integrantes del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente, como aparece del artículo 291 eiusdem que establece que "Se consideran personas interesadas para iniciar e intervenir en los procedimientos a que se refiere este capítulo, a todos los integrantes del Sistema de Protección del Niño y del Adolescente..." (Subrayado y negrillas de esta Corte), en congruencia con el artículo 119, literal "b" eiusdem. Y así se establece...." (Corte Superior Segunda del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional. Asunto: AP51-R-2006-006996, 28 de junio de 2006, Juez Ponente: Yuri Emilio Buaiz V.)"

En tal sentido, resulta ilustrativo traer a este análisis algunas breves reseñas de legislaciones extranjeras y las soluciones similares frente al incumplimiento de los deberes alimentarios o a las carencias para hacerlo por parte de los obligados primarios de la familia, como cuando se encuentran en situación de desempleo.

En el Derecho comparado, se encuentran normas que contemplan las acciones estatales en apoyo a la familia que conduzcan a superar la deficiencia alimentaria de sus miembros. En los países desarrollados, este tipo de situaciones se allana a través de diversos apoyos, que por lo general se expresan en programas de asistencias a las madres, tales como subsidios especiales, beneficios como la vivienda, infraestructuras con el fin de colaborar en la crianza de los niños, o en la realización de tareas domésticas con el objetivo que la mujer pueda trabajar fuera del hogar. Tales casos se observan en disposiciones legales de países como Alemania, Austria, Canadá, Finlandia y Francia. De igual manera, por cuanto la prestación alimentaria es un derecho a atender de forma inmediata y emergente, el Estado adelanta los fondos al reclamante, sin perjuicio de actuar con posterioridad contra el obligado. En Francia, por ejemplo, se admite la demanda de cobertura pública en el artículo 2 de la ley 75-618, cuando la ejecución privada por alimentos no resulta fructuosa. Por las sumas que el Tesoro o las cajas de Asignaciones Familiares deben cubrir, el Estado se subroga en las acciones y garantías que tiene el acreedor según el artículo 6 y 14. También en Suecia, con la diferencia que la Ley de Adelantos solo resguarda el cuarenta por ciento de la suma básica de manutención estimada, lo cual es siempre una suma pírrica que resulta inapropiada para la cobertura alimentaria fundamental.

En Alemania, Suiza, Finlandia, Noruega y Dinamarca poseen un sistema de adelantos de los alimentos, respetando las consideraciones adoptadas en la Conferencia de Viena en el año 1977.

Particularmente en una Provincia de Canadá -Alberta- existe un sistema que consiste en que el interesado no está obligado a iniciar la acción alimentaria correspondiente, la cual puede ser directamente promovida por el Estado contra el alimentante para evitar el antagonismo entre las partes. Siguiendo esta postura, Inglaterra -a través de un comité- recomendó reemplazar los procedimientos de alimentos individuales, que daban origen a órdenes incumplidas, por pagos a cargo del Estado que pueden ser recuperados por éste con el empleo de órdenes administrativas dirigidas contra el obligado.²⁵

En Puerto Rico, la Ley Orgánica de la Administración para el sustento de los menores -Ley Núm. 5 de 30 de Diciembre de 1986- expresamente dispone en su artículo 5 la creación de la Administración para el Sustento de Menores adscrita al Departamento, que tendrá a su cargo la Prestación de servicios de sustento de menores cuando le sea referido el caso por el Programa de Asistencia Temporal del Departamento de la Familia, por cualquier agencia u organismo gubernamental o por el tribunal, si la persona está incluida en algún programa de ayuda social. También esta misma Ley preceptúa que entre las facultades y poderes de la Administración, se llevarán a cabo las gestiones y acciones necesarias, administrativas y judiciales, para establecer la filiación o la paternidad de niños fuera del matrimonio, así como también para establecer o fijar, modificar y hacer cumplir la obligación de prestar alimentos de cualquier persona obligada por ley a ello.

También es deber del Estado hacer cumplir los derechos de los niños, y en tal sentido, debe producir las transformaciones y adecuaciones institucionales imprescindibles para tal fin. Los cambios (si se quiere en plural) para transformar sustancialmente la sustitución/ reacción de derechos representada por la visión minúscula de las instancias de protección, deben estar apuntados a la refundación del Estado para la conformación de la estructura constitutiva/activa de derechos, lo cual compromete la gestión pública en la "afirmación, realización e implementación de los derechos de los niños"²⁶, con severas implicaciones principalmente en el orden de la estructuración y concepción del modelo de Estado que gestiona los asuntos públicos para la satisfacción de las "necesidades reales"²⁷. Se trata, en otras palabras, de iniciar un proceso de cambios estructurales del modelo en que ha sido fundado y desarrollado el Estado, porque las causas de la insatisfacción de los derechos humanos de los niños tienen su explicación en el modelo de injusticia social que ha sido congénito al Estado mismo. De consecuencia, también se trata de apuntar a una visión mayúscula de estos cambios que supere el remozamiento y la redecoración de sus instancias, profundizando en las contradicciones existentes entre la estructura del Estado y los derechos humanos, así por ejemplo, entre la toma de decisiones y las oportunidades de participación de los niños en ellas; o profundizando en las contradicciones existentes entre los modelos de

25 Grosman Cecilia P. "Medidas frente al incumplimiento alimentario" ED 1985-D, Sec. Doctrina. Pág 936 y ss.

26 Baratta, Alessandro, La Niñez como Arqueología del Futuro.

27 En la misma obra, -en una acepción que comparto- Baratta entiende como "reales" las necesidades dentro del contexto de una teoría históricodinámica, explicando que son aquellas que deben satisfacerse en una sociedad, atendiendo especialmente a que su cumplimiento o no redundan en la manifestación de la justicia social. En ese sentido, su incumplimiento revela de manera clara la violencia estructural, es decir, la representada por el Estado al existir disonancia de las opciones productivas y distributivas con relación a las necesidades.

planificación y asignación presupuestaria y la satisfacción de las necesidades reales de los niños; o entre las formas de gestión pública de un Ministerio de Familia o de Desarrollo Social, o de un Ministerio de Educación y la satisfacción de estas necesidades; o la más aparentemente invisible, pero permanente contradicción, entre las estructuras y formas de gobierno y de gobernabilidad que asumen los órganos legislativos en referencia a los derechos humanos de los niños.

Corresponde al Estado constitutivo/activo de derechos, la absoluta consideración preeminente de los niños y niñas en todas y cada una de sus estructuras de poder, desde la significación y relevancia para la garantía primaria de los derechos sociales (representada en la restricción a la toma de decisiones), por vía de mecanismos internos inherentes a los poderes públicos, pasando por un sistema de responsabilidad administrativa en la ejecución de las políticas públicas, hasta la generación de una estructura político-económica que de razón de libertad en lo político, e igualdad en lo social.

Respecto a las transformaciones culturales e institucionales es indudable que corresponde a la sociedad entera, pero el Estado y las políticas que deciden su organización, gestión y funcionamiento deben ocupar la vanguardia de las acciones que permitan alterar positivamente la imagen acerca de la realidad, las vivencias y el mundo de los niños; se trata de liderar desde el Estado los cambios cognoscitivos y culturales acerca de la niñez. Por cuanto es reconocido suficientemente que "...la imagen de la niñez es en gran medida una construcción social y cultural..."²⁸ se hace imprescindible (e inaplazable), que el Estado asuma la toma de providencias políticas para lograr los cambios necesarios en la percepción del niño como sujeto social, acreedor de derechos que le son inalienables. Así, la política para los cambios de percepción cultural y social, deben ser instrumento de acción permanente en el sector educación, comunicación, salud, justicia, planificación social, entre otros. Pero el cambio cultural al que me refiero debe iniciarse al interior de los hombres y mujeres que representan, actúan y obligan al Estado, desde los propios gobernantes políticos (Presidente, Gobernadores, Alcaldes, Legisladores), hasta los responsables técnicos y planificadores. Muchos de los funcionarios de gobierno no sólo se convierten en un obstáculo para la realización de los derechos humanos de los niños, sino en agentes de su propia violación.

En cuanto a la participación de los niños y niñas, también corresponde al Estado constitutivo/activo de derechos, animar la utopía abriendo el camino de la participación de los niños en la toma de decisiones, lo que supone una refundación del Estado de los adultos y la alteración de una cultura institucional de autoritarismo que se representa y materializa con el sólo hecho de decidir por ellos y sin ellos. No basta con aceptar la participación, que ya sería bueno, es necesario que se impulse el ejercicio de los derechos de participación, por cuantos medios sea posible, que es aún mejor.

En esta nueva perspectiva de un Estado constitutivo/activo de derechos humanos, además de alterarse el modelo institucional, se subvierte el orden en que se colocan tradicionalmente la importancia de las personas (más allá de los ciudadanos), como eje del Estado social de Derechos. El Estado pasa a ocupar así la obligación de prestación de los derechos a la supervivencia, desarrollo y participación de los niños a que está destinado por las normas de la CDN. También resulta obvio que las funciones de control, evaluación o restitución de derechos que deben cumplir las instancias de los sistemas de protección de la niñez, ocuparán su tiempo, su espacio, su actuación en general, en la práctica de la vigilancia y

28 Sheridan Bartlett y otros. Ob. Cit.

acción sustitutiva/reactiva que les corresponde, pero además, se disminuye su ocupación, su clientela y, por ende, su burocracia.

Cualquier análisis no tan avezado de las funciones de control, evaluación o restitución de derechos, ya sean colectivos, difusos o individualmente considerados, que le es asignado a las instancias especializadas de protección de los niños, concluirá en su importancia para atender situaciones emergentes, bien para accionar al Estado en el cumplimiento de los derechos o bien para definir la atención individualizada del problema social, representado en uno o más niños, pero también concluirá en que ello deja incólumes las relaciones intrínsecas en que se mueve la sociedad respecto a los niños. Así, por ejemplo, cada medida de protección individualizada dictada a favor de un niño o niña (en casos de protección especial contra el maltrato, la explotación, etc), va a engrosar la deuda que tiene el Estado con las políticas sociales, a más medidas de protección se tengan, por ejemplo, en un Municipio, indudablemente más falencias hay en la política pública de ese Municipio. Si bien es importante la atención individualizada del niño desprotegido o violentado en sus derechos, si bien la calidad de esta atención restitutoria de derechos está indicada precisamente por el respeto a sus derechos humanos, la integración a una familia, a la escuela, etc, según el caso, también es cierto que estas medidas no pueden convertirse en la guía usual del diccionario de la protección, por cuanto representan la atención final (individual y personal), de un conflicto de carácter estructural y social que se disminuirá (hasta su mínima expresión), no contabilizando la cantidad de medidas de protección dictadas, sino la capacidad y calidad de las políticas públicas para superar el conflicto social que da origen a su repitencia y permanencia en la vida de muchos niños y niñas.

De tal suerte que aparece como imprescindible insistir en que el principio de corresponsabilidad obliga principalmente al Estado a superar las prácticas de "restitución" de derechos individuales por vía de la acción forzada de órganos administrativos o judiciales, según sean los casos. Si bien, en la organización de las transformaciones institucionales estas formas deben permanecer como mecanismos de garantía de derechos, son sólo secundarios (de hecho, en la doctrina moderna de los derechos humanos, la restitución y la sanción, son garantías secundarias), el Estado social de derechos debe profundizar en mecanismos y formas permanentes de autorregulación o autocomposición administrativa (voluntaria y hasta natural), que reduzcan al máximo la aplicación forzada de la restitución. El Estado social de Derechos debe ser capaz de avizorar por sí mismo estas situaciones e impedir su materialización. Ello es posible en la concepción de la política pública de protección especial como elemento integrante de la política general de protección integral. En todo caso, los programas de protección especial dirigidos a la atención individualizada como restitutoria de derechos, responden a las líneas de la política pública de protección de la niñez, de tal suerte que la dimensión que a ésta última se le asigne en la estructura y en la planificación del Estado, definirá la dimensión de la protección. La mayor dificultad por la que atraviesan los programas de protección ha consistido en la separación (aislamiento), que de ellos se ha hecho de la planificación general de la protección integral, como si fuesen absolutamente independientes, y como si la atención individualizada de los conflictos de violación o amenaza de derechos de los niños, estuviese conceptualmente abstraída de la política pública.

En resumen, de acuerdo a lo analizado anteriormente, tres son las más claras obligaciones del Estado en el principio de corresponsabilidad:

- a. Cumplir y hacer cumplir los Derechos Humanos de los Niños.
- b. Generar condiciones a las familias para el nivel de vida adecuado que permita hacer efectivos los derechos de los niños, y
- c. Producir cambios sustanciales en los órdenes institucional, cultural y social.

5.3 Responsabilidades de las familias

Si bien la CDN en el comentado artículo 5 compromete a los Estados partes en respetar las responsabilidades de los padres y familiares para que orienten adecuadamente la formación integral de los niños y protejan su desarrollo humano pleno, también el resto del articulado de este instrumento internacional desarrolla suficientemente los derechos y deberes de los padres, tal como lo hace en los artículos 9, 14, 18, 20 y 27, entre otros.

No obstante, importa destacar acá que la principal e indeclinable responsabilidad de los padres consiste en el deber de crianza, cuidados y desarrollo de sus hijos e hijas, contenido en el mencionado artículo 18 de la CDN, en el 5, en concordancia con los artículos 13, 16 y 20 de la LEPINA. Sobre esta obligación primordial de los padres, cualquiera que sea la conformación que tenga la familia en particular (esto es, si es matrimonial o extramatrimonial, o una unión de hecho o no matrimonial), se hace ineludible insistir en que:

- a. Se trata de una responsabilidad compartida que impone obligaciones comunes a ambos padres.
- b. Está vinculada tal responsabilidad a las obligaciones del Estado analizadas anteriormente, en el sentido de que éste último debe asegurar condiciones objetivas a los padres para que puedan cumplir efectivamente su obligación, especialmente en lo concerniente a los derechos de supervivencia y desarrollo. Con la sola buena voluntad de los padres no pueden hacerse efectivo derechos tales como la salud, la educación, la nutrición adecuada, la vivienda, etc. De allí que la CDN, en el preámbulo afirma que "...la familia, como elemento fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir sus responsabilidades dentro de la comunidad."
- c. Está orientada al ejercicio de la patria potestad o patrio poder, conocido también como los deberes parentales o autoridad parental. Sobre ello nos detendremos para afirmar que en el ejercicio de la autoridad parental los padres están autorizados a orientar sobre las reglas y valores en el comportamiento de sus hijos, y por ser una interrelación humana, también los padres están obligados a acatar y cumplir con sus hijos las reglas y valores de comportamiento que respeten la dignidad de éstos. En su más correcta acepción la autoridad parental o ejercicio del patrio poder es un derecho-deber y, por tanto, impide la violación de los derechos a los hijos e hijas, so pretexto del deber correccional, es decir, que constituye una prohibición del autoritarismo, de la represión y de las conductas que configuren violación de algún derecho a sus hijos, sin que tengan como pretexto, excusa o excepción el supuesto incumplimiento de los deberes. Ante cualquier conducta de parte de los niños que pueda indicar la necesidad de intervención de los padres para disciplinar o corregir, se impone a los padres la necesidad de corrección por vía de la educación, la orientación, las reglas precisas y conscientes de conducta compartida, en términos de ejercicio práctico de la igualdad de trato, y de respeto mutuo. Así como

una conducta de irrespeto hacia los padres, por parte de los hijos o hijas, (tómese como ejemplo no escuchar a sus padres acerca de los deberes en materia de educación), es condenable y amerita reglas disciplinarias contundentes para con los hijos, pero de respeto a su dignidad e integridad como seres humanos; también una conducta inapropiada de uno cualquiera de los progenitores, en el mismo ejemplo, no escuchar a los hijos o no cumplir con los deberes del hogar, merece reglas claras y contundentes que, con respeto a la autoridad y dignidad de los padres, disciplinen el error en que incurren al no escuchar ni atender debidamente las justas peticiones de sus hijos. Se trata, pues, de una interrelación humana, en donde no tiene cabida la negación de los derechos fundamentales y en la que el respeto mutuo se alcanza a través de la conciencia individual y social, es decir, se aprende de manera consciente y no represiva.

- d. La CDN privilegia a la familia como espacio fundamental de crianza y cuidado de los niños, por lo que las anotadas responsabilidades de los padres, deben cumplirse sin duda en el seno de la familia de origen, a menos que sea contrario al interés superior del niño, como antes lo hemos analizado. Ello significa indubitadamente que los órganos encargados de la protección de la niñez y adolescencia deben agotar siempre la permanencia del niño en la familia, por cuantos medios sean necesarios y también significa que estos órganos deben responsabilizar a los progenitores cuando no quieren asumir sus obligaciones. Luce importante entonces rescatar la necesidad de que, por ejemplo, las medidas de protección utilicen a la propia familia como el programa ideal de restitución de derechos, y no a las instituciones o programas de atención. Esa es la razón por la que la propia CDN en su preámbulo afirma que "...el niño, para el pleno y armonioso desarrollo, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión."

En resumen, el articulado de la CDN, para desarrollar el principio de corresponsabilidad en cuanto a las obligaciones de las familias, incluye con especial preferencia normativas relacionadas con los deberes y derechos de los padres, responsables o tutores para evitar que los niños sean separados de su entorno familiar, para promover la reunificación familiar cuando haya existido esta separación, la de orientación a los padres para promover la adecuada formación de los niños en el disfrute de sus derechos y en el desarrollo de sus facultades, entre otros. De esa forma, la perspectiva indicada por el principio en comento se establece para afirmar los derechos de los niños, niñas y adolescentes a que se les reconozca como miembros de una familia de origen, y para que se introduzcan cambios sustanciales en las políticas sociales tradicionales, lamentablemente concebidas durante largo tiempo para hacer efectiva la criminalización de la pobreza, la descalificación o exclusión de las familias por efectos de la discriminación que imponía el Estado y que lo facultaba para "intervenir", "controlar" e "institucionalizar" a los niños, niñas y adolescentes víctimas de la violación a sus derechos. Superando este enfoque, la CDN, exige el deber indeclinable de los padres y familiares, de asumir derechos y deberes para la protección integral de sus hijos, y obliga a los Estados Partes tanto a respetar este principio fundamental como a promover y apoyar las capacidades de las familias para el ejercicio de sus responsabilidades.

5.4 Responsabilidad de la Sociedad.

La sociedad, por su parte es vigilante del cumplimiento de los derechos de los niños, y en tal sentido, la vigilancia implica el deber de demandar su cumplimiento y/o restitución, según sea el caso. De esa forma, es obligación de dirigentes comunitarios y sociales, de organizaciones de base social y popular, de organizaciones no gubernamentales y de la sociedad en su

conjunto, cualquiera que sea la forma de organización o de individualidad que se asuma, exigir la plena vigencia y respeto de los derechos de los niños y niñas.

Corresponde igualmente a la sociedad participar conjuntamente con los órganos de naturaleza pública en el diseño, propuesta y evaluación de las políticas dirigidas a la efectividad de los derechos de los niños. Para ello, el Estado debe garantizar a su vez, formas de participación real para que la sociedad cumpla con esta función. Los Sistemas de Protección en tal sentido deben estar estructurados de tal forma que no sea nugatoria la participación social en los órganos que lo componen.

Es también responsabilidad social, compartida con los órganos del Estado, participar en la prestación de programas mixtos o privados para la atención de niños o adolescentes, en particular a los que se encuentran violados o amenazados en sus derechos, exceptuando los programas de privación de libertad para adolescentes que son de exclusiva responsabilidad del Estado. Coadyuva la sociedad con el Estado a través de los programas de atención, a la restitución de los derechos humanos que han sido violados, pero también lo hace con la prestación de servicios de defensa de estos derechos, bien promoviéndolos o difundiéndolos, bien a través de procedimientos conciliatorios extrajudiciales que permiten la solución de conflictos familiares no sólo sin la intervención judicial, sino de manera rápida y más cercana a las comunidades y al momento más próximo de conflicto. En El Salvador, esta última responsabilidad de la sociedad se ejecuta a través de las Asociaciones de Promoción y Asistencia a los Derechos de la Niñez y Adolescencia, definidas en el artículo 193 de la LEPINA, en otros países como Venezuela y Perú a las Defensorías del Niño y del Adolescente, por lo que pretender judicializar la conciliación constituiría un evidente contrasentido que seguramente afectará la figura de la conciliación y resolución de conflictos por vía de servicios administrativos, como lo son las Defensorías del Niño y del Adolescente, perdiendo el interés las partes y los profesionales del derecho en agotar innecesariamente una vía que, de todas maneras, sería forzoso agotarla en vía judicial.

Capítulo III

LA LEPINA Y SU LIBRO PRIMERO

-Importancia, Finalidad y Disposiciones Preliminares-

LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

-LEPINA-

LIBRO PRIMERO

I. Importancia y finalidad

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia constituye, sin lugar a dudas, un hito histórico para un país que desde el año 1.990 (06 de julio), ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, asumiendo las obligaciones que en el fuero internacional público se erigieron en verdaderos compromisos de adaptación legislativa e institucional, orientados básicamente a la superación del paradigma tutelar de menores y la instauración de las bases legales y los cambios de los poderes públicos que permitirán un tratamiento a los niños, niñas y adolescentes, desde la visión, objetivos y metas de derechos humanos.

Conforme al principio "Pacta sunt servanda", contenido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, en su artículo 26 "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe", por lo que al margen de las adecuaciones generales y particulares a las que compromete la Convención sobre los Derechos del Niño, El Salvador integró este instrumento de Derechos Público Internacional a su legislación interna desde el momento de la firma del mismo, ocurrida en fecha 26 de enero de 1990.

No obstante, la conciliación y adecuación legislativa con la CDN no debía seguir siendo una especie de esquizofrenia jurídica que, por una parte obligaba al Estado para con los particulares niños y niñas a reconocerles en la praxis judicial, administrativa e institucional, es decir en la praxis pública, sus derechos humanos, y por la otra, los desconocía con leyes e instituciones de la más atrasada condición jurídica, la de ser objetos de tutela, caridad y represión.

La ausencia de una ley interna que reconozca los derechos de la niñez y adolescencia, con fundamento en los estándares de derechos humanos de la CDN, y los desarrolle subsiguientemente, a tenor de los avances y las condiciones propias de la Nación, de las condiciones socioculturales discriminatorias que pretenden superarse, constituían, por decir lo menos, una hipocresía jurídica que brindaba pocas o nulas oportunidades a los administradores de justicia, a aplicar supraconstitucionalmente los postulados y normas de derechos humanos contenidos en la CDN.

El Libro Primero de la LEPINA se encarga de positivar los derechos, configurando las normas sustantivas que otorgan la condición de sujetos de derechos a los niños²⁹, la naturaleza de seres humanos con derechos exigibles individual y colectivamente. Al tiempo que desarrolla el vocablo de cada uno y todos los derechos positivados, contenidos en verbos positivos,

²⁹ Muchas veces cuando sólo decimos "niños", lo hacemos en el sentido del artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que expresa: "...se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.", por lo que cuando utilizamos esta expresión o la de "niños y niñas", estamos comprendiendo a la adolescencia.

establece consecucionalmente el alcance de cada derecho reconocido, las obligaciones o responsabilidades que impone en términos de prestaciones positivas o negativas dirigidas a las instituciones o poderes del Estado, a la familia o a la sociedad, o todos en su conjunto. Para cualquier operador u operadora, es decir, los y las aplicadoras de estos derechos el reconocimiento y desarrollo de los derechos humanos a los niños, niñas y adolescentes en el Libro Primero, no debe tener nunca el significado de un listado o catálogo de “derechos”, puesto que trascienden tal inocua y simplista consideración, al ser la base elemental del desarrollo de los mecanismos de cumplimiento y exigibilidad que contiene el resto de la ley. De allí que los órganos, instituciones y procedimientos que se encuentran desarrollados en los dos Libros restantes de la LEPINA se deben fundamentalmente a la progenie de derechos positivados en el Libro Primero.

Por eso, no es ni siquiera imaginable que los derechos humanos se les asuma como una pieza decorativa de formulaciones idealistas. La práctica de los derechos humanos es un asunto de Estado, por lo que su cumplimiento es un asunto de toda la sociedad, no en términos de responsabilidad material general, sino en términos de las conductas en que cada grupo humano, cada individuo y cada institución son responsabilizados en la norma. Es decir, que si bien la materialización y efectividad de los derechos humanos tienen su centralidad en las acciones u omisiones del Estado, entendido como gestión de gobernanza y autoridades pública, los grupos sociales (Comunidad, familias, individualidades, Asociaciones civiles, etc), tienen responsabilidad material definida y precisa de intervención en la materialización de derechos, en los términos y alcances que las normas definen. La formación de una cultura de derechos humanos, y como parte de ella una cultura legal y judicial de derechos humanos, si bien tiene su compromiso en el reconocimiento de derechos, la práctica de responsabilidades que los hagan efectivos, el establecimiento de sanciones, nulidades y restituciones de derechos cuando sean vulnerados, también resulta indiscutible que lleva aparejado a la nueva ciudadanía de niñez y adolescencia, la formación y concienciación progresiva de las responsabilidades sociales en este grupo de población, por lo que el Libro Primero de la LEPINA, en forma que denomina “deberes”, normativiza un grupo de importantes y graduales verbos de acción posible en la formación y cumplimiento de estas responsabilidades sociales progresivas.

En el contexto del Libro Primero de la LEPINA, una serie diáfana de Disposiciones preliminares y principios, contienen de forma precisa la interpretación que deba dársele a los derechos reconocidos. Este grupo de definiciones directivas y principios son, en su acepción más amplia, principios-derechos, fundamentados en la Doctrina de Protección Integral emanada de los instrumentos internacionales y en relación estrecha con los análisis que hemos avanzado en el Capítulo II de esta obra. Si bien tales Disposiciones tienen aquella fuente de inspiración, la relevancia estriba en que cada una de las actuaciones y aplicación de la LEPINA debe pasar el tamiz de los principios contenidos en las Disposiciones Preliminares. De esa forma, son transversales a toda la ley, de observancia ineludible y naturaleza imperativa en su aplicación y, de no existir posible contenido en la propia LEPINA, deben remitirse a los tratados internacionales en materia de niñez y adolescencia, suscritos y ratificados por la República de El Salvador.

Con todo lo antes dicho, ya el lector habrá resumido la importancia que emana del Libro Primero de la LEPINA. Diremos, junto al pensamiento que ya se hayan formado que este es el fundamento de la condición de sujetos de derechos de los niños, las niñas y adolescentes en El Salvador, puesto que sobre los principios, derechos, deberes y garantías acá consagrados y desarrollados, se asientan las bases cardinales de las condiciones subjetivas exigibles en cada situación particular, sea de derechos individualmente considerados o de derechos colectivos y difusos. El Libro Primero de la LEPINA es así el cimiento de los niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos, esto es, sujetos en lo social y jurídico.

II. TITULO PRELIMINAR

El Título Preliminar de la LEPINA está dividido en dos capítulos:

- **Capítulo I: Disposiciones Preliminares**, contentivo de 8 artículos que indican sustantivamente el alcance de la ley, las definiciones fundamentales, presunciones, sujetos de la ley y deberes del Estado.
- **Capítulo II: Principios Rectores**, contentivo de 7 artículos que definen igual cantidad de principios, su alcance, interpretación y efectos.

Veamos así cada uno de estos capítulos, detallando su articulado en forma extensiva:

DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 1.- Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad 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, contenidos en la presente Ley, independientemente de su nacionalidad, para cuyo efecto se crea un Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia con la participación de la familia, el Estado y la sociedad, fundamentado en la Constitución de la República y en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en El Salvador, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El objeto sustantivo e inmaterial de la LEPINA, parte de la naturaleza subjetiva de los derechos humanos, resaltando que el mismo tiene como finalidad salvaguardar los derechos y facilitar el cumplimiento de los deberes de la población de Niños, Niñas y Adolescentes, dentro de un marco jurídico diferente al de los adultos, con un sistema rector independiente, que involucra directamente la triada familia, Estado y sociedad, tomando como base o normativa jurídica fundamental la máxima ley política del Estado, es decir, la Constitución de la República de El Salvador y todos los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la República del Salvador, dando especial énfasis a la Convención sobre los derechos del Niño.

La Constitución de la República de El Salvador preceptúa en el artículo 34 que los menores de dieciocho años tienen derecho a “a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado. La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y de la infancia”. Rige entonces, como columna vertebral, en materia de niñas, niños y adolescentes la función principal del Estado de garantizar la integralidad de todos los derechos, siendo este artículo primero la regulación y desarrollo del principio constitucional citado.

En la finalidad de la Ley expresada en esta norma, describe un objeto ontológico exigente:

- a. se adelanta “...el ejercicio y disfrute pleno de los derechos de la niñez y adolescencia”, por lo que descubre un propósito inicial de la ideología legislativa relacionado con el artículo 5 de la misma, que reconoce la condición de sujetos plenos de derechos. Así, Niños, Niñas y Adolescentes, desde la finalidad de la Ley, constituyen el fin ontológico de protección, es decir los sujetos protegidos en derechos y por tanto capaces frente al Estado y a tercero de exigirlos, pero también los terceros de exigirlos a los obligados de la contraprestación de derechos humanos debida.
- b. El alcance extraterritorial en la aplicación de la ley, puesto que coincidente con el artículo 2 de la CDN, la Ley se aplica a todo niño, niña o adolescente que se encuentre en el territorio de la República de El Salvador, cuando anuncia “independientemente de su nacionalidad”. Es este un compromiso de reciprocidad derivado de los tratados internacionales que obliga a los Estados partes de una misma convención, tratado o pacto, a dar igual tratamiento a los nacionales de otro Estado parte. Por tanto, en un caso determinado, por ejemplo, de niños o niñas, o adolescentes en situación de violación de derecho a la convivencia familiar, es deber del Estado Salvadoreño, garantizar éste derecho, bien con medidas nacionales, o binacionales con el Estado de origen de estos niños o niñas. La mayoría de leyes y códigos de niñez post Convención sobre Derechos del Niño, han hecho uso de este principio de aplicación legal interna a todos los niños, niñas y adolescentes nacionales o no, que se encuentren en el territorio del país de que se trate.
- c. Utiliza la técnica legislativa una convicción universal del derecho internacional de los Derechos Humanos, pues nótese bien que al expresar la finalidad de derechos utiliza el

verbo “garantizar”, lo cual tiene, al menos dos implicaciones: 1) obligaciones sustantivas y adjetivas de carácter primario: el cumplimiento de los derechos por cuantos mecanismos prevé la ley y el resto del ordenamiento jurídico salvadoreño, y 2) los modos, procedimientos y mecanismos que hagan cesar las amenazas y/o restituyen los derechos conculcados de cualquier forma; mientras que cuando se refiere a la finalidad de los deberes utiliza el verbo “facilitar”, por cuanto en esta materia las diferencias son claras entre el tenedor de derechos humanos y el tenedor de derechos en el marco de la legislación ordinaria, pues los deberes en el marco de los derechos humanos no son condicionantes para el cumplimiento de la prestación principal de derechos, como veremos detalladamente en esta misma obra cuando tratemos la normativa correspondiente a los deberes de los niños, niñas y adolescentes. Así, los derechos se garantizan, obligación iuris et de iuris para los obligados prestatarios, mientras que los deberes se facilitan, obligación iuris et de iuris para los mismos obligados prestatarios, la facilitación, más no obligación dependiente de los derechos, ni con efectos negadores o sancionatorios para los niños, niñas o adolescentes, exceptuando los deberes derivados del derecho común u ordinario (derecho penal de adolescentes, por ejemplo).

- d. A diferencia de otras legislaciones que, como en el caso de Venezuela con la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes –LOPNA- y la ley 136-03 de República Dominicana, al definir la finalidad de la Ley han generalizado el mecanismo que se encarga de la efectividad de los derechos y garantías, solo englobados en la expresión “...a través de la protección integral del Estado, la Sociedad y la Familia...”; la LEPINA, a diferencia de tal generalización, es expresa al definir al Sistema Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia como el instrumento institucional holístico y articulado para tal garantía, pero además lo califica de forma adecuada.
- e. La sustentación del artículo 1 de la LEPINA en las normas constitucionales, y en los tratados Internacionales, dando prioridad a la Convención sobre Derechos del Niño, constituye una disposición vinculante de interpretación y aplicación para los operadores de la Ley, una especie de suprallegalidad sui generis que remite indefectiblemente a los operadores administrativos y judiciales a resolver cualquier situación de protección y garantía de derechos a las disposiciones de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Coherente es esta disposición especial con la afirmación que hemos hecho en capítulos anteriores acerca de la integralidad de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, pues no se encuentran solo consagrados en la CDN sino en el marco general del Derecho Internacional de los Derechos humanos, aplicables según cada caso concreto. Ello explicaría como efecto además que si una respuesta de derecho, en una determinada situación, no encuentra posible “solución” en el marco de la LEPINA, operan los principios constitucionales y de los tratados internacionales. En algunos casos, como Venezuela, no sólo la legislación especial de derechos de la Niñez (artículo 13 de la LOPNNA venezolana) dan rango de fuente a la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que ésta se ha constitucionalizado en la normativa máxima del país. Así, el artículo 78 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha dado el rango de supraconstitucionalidad sui generis a la CDN.

DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 2.- Definiciones

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

a) Acción positiva: Aquellas disposiciones, políticas o prácticas estatales orientadas a remover los obstáculos sociales, políticos y económicos que en la práctica impiden o restringen el ejercicio de los derechos reconocidos a favor de las niñas, niños y adolescentes;

b) Acciones inmediatas para su eliminación: Toda medida inmediata y eficaz cuya finalidad es conseguir la prevención, prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia;

c) Comunidad: Conjunto de personas vinculadas por características o intereses comunes;

d) Emergencia médica: La situación médica en que se encuentre un niño, niña o adolescente, en la cual esperar implique una probabilidad alta de muerte o de sufrir daños irreparables en su salud física;

e) Peores formas de trabajo infantil: Todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niñas, niños y adolescentes, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niñas, niños y adolescentes para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas; la utilización, el reclutamiento o la oferta de niñas, niños y adolescentes para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los Tratados Internacionales pertinentes vigentes en El Salvador; y el trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se llevan a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de las niñas, niños y adolescentes;

f) Programa: Serie organizada de actuaciones desarrolladas por cualquier entidad de atención pública, privada o mixta;

g) Responsables: Para los efectos de la presente Ley, responsables son aquellas personas mayores de edad que tienen bajo su responsabilidad el cuidado, vigilancia y protección de la niña, niño o adolescente, en atención de su cargo o relación con éstos;

h) Salud integral: La garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de las niñas, niños y adolescentes;

i) Sociedad: Agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida; y

j) Sucedáneo de la leche materna: Todo alimento comercializado o de otro modo presentado como sustitutivo parcial o total de la leche materna, sea o no adecuado para ese fin.

El propósito de las definiciones que anteceden, es el de permitir la mejor y más correcta interpretación de elementos normativos contemplados en el desarrollo de toda la ley, y en

particular, en aquellas que definen los derechos. Así, por ejemplo el concepto de acción positiva, utilizado en la parte in fine del artículo 11 para la determinación de la igualdad y equidad, o la definición de "Programas" utilizado a lo largo de la Ley.

Estas definiciones pueden considerarse elementales, y constituyen una técnica legislativa utilizada en pocas legislaciones que, a los efectos del carácter novísimo de la legislación de niñez, despuntan como necesarias. Debe afirmarse que por esta misma razón, el carácter de nuevo modelo legal, su fundamento en los derechos humanos y en una doctrina paradigmática, la epistemología, los nuevos conocimientos y la base científico jurídica requeriría de algunas otras definiciones de interés para la luminosidad en la interpretación de la ley, especialmente en el ámbito judicial.

La jurisprudencia, con base en la doctrina internacional, el derecho comparado y la experiencia forense judicial, se encargará de dar definiciones que no contraríen el sentido, propósito y razón de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, este artículo 2 de la LEPINA constituía una inédita oportunidad para, entre otros, definir:

- Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes
- Grupos etarios
- Proyectos y estrategias para la niñez y Adolescencia

Las anteriores definiciones ocupan lugar en muchas de las normas de la LEPINA y serán de utilidad permanente para sus operadores, no obstante, estos conceptos y otros muchos más, no se encuentran en las definiciones del artículo 2.

DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 3.- Definición de niña, niño y adolescente

Los derechos y garantías otorgados en la presente Ley serán reconocidos a toda persona desde el instante de la concepción hasta los dieciocho años de edad.

Para los efectos de esta Ley, niña o niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

Es claro que con la sustitución de la doctrina de situación irregular, la denominación "menores" es sustituida frontalmente por la de niña, niño o adolescente, que es la terminología utilizada en toda la ley. Como ya hemos visto en el Capítulo I la denominación "menor", al devenir de la doctrina de tutela, es asociada a una incapacidad social general, que impide el reconocimiento de derechos y la facilitación de los deberes en forma progresiva. Por tanto, no se trata de una simple sustitución de nombres, sino de lo que tales denominaciones encierran en su contenido y en la cultura jurídica y no menos en la sociedad.

La LEPINA protege a la niñez y adolescencia desde su concepción, hasta los 18 años, lo que resulta indubitable cuando define al primer grupo etario, estableciendo que niña o niño es toda persona desde su concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescentes desde esta última edad hasta el momento en que cumple los dieciocho años de edad.

De esa forma, se protege a la concepción, la vida que anida en el vientre materno desde la fecundación del ovulo que, para los efectos de la protección de la persona se extiende no sólo al niño o niña en gestación, sino que contiene por vía de consecuencia la protección a la maternidad, con los efectos de derechos humanos que trae consigo esta protección, tales como la atención y nutrición prenatal.

Resulta evidente que esta disposición no da lugar a discusión alguna en el ámbito del derecho civil, menos aún en el de los derechos humanos, acerca de la inviabilidad del aborto no terapéutico, por lo que la vida que se encuentra fecundada es persona, por disposición legal y al margen de cualquier disquisición religiosa, moral, filosófica, sociológica o de cualquier otra naturaleza. En igual sentido se pronuncian muchas legislaciones latinoamericanas, tales como las de Ecuador, Bolivia, Perú y Venezuela.

Ahora bien, en cuanto a la clasificación en grupos etarios de “niños y Niñas” y “Adolescentes”, que contiene esta disposición legal, es de interés resaltar que ella no existe en la Convención sobre Derechos del Niño, que dio origen a la LEPINA, por cuanto en este no se distinguen grupos etarios (véase el artículo 1, y además todo el tratamiento normativo de la CDN en el que inconfundiblemente se refiere a “niños”). La distinción entre grupos etarios se explica en la legislación positiva de los países, en razón de la finalidad perseguida con el ejercicio progresivo de los derechos y la asunción, gradual también, de los deberes. Si bien en la CDN no existe tal categorización, si es cierto que en no pocas disposiciones, utiliza la expresión “evolución de sus facultades” o “en función de la madurez y edad del niño”, relacionado con el ejercicio progresivo de los derechos, y también en materia penal “...el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales” (artículo 40 CDN).

Al respecto, no cabe duda que la expresión “niños” y/o “niñas” es de naturaleza universal y, en concepto de este autor, más apropiado para la determinación de las adecuaciones legislativas que pretenden el imperio de derechos humanos en el paradigma de protección integral. También es cierto que la determinación y uso de la categoría “adolescente” sufre hoy día una relevante controversia doctrinaria, no tan sólo por ser un concepto propio de la psicología evolutiva, sino por el estigma social (ojala no trascolado a lo jurídico) del significado “adolescencia”, asimilado culturalmente a deficiencias e incapacidades frente al grupo etario posterior: la juventud. Por tanto, “los y las adolescentes”, es un concepto que tiene su acepción más desde la psicología y la biología en el que su sentido inicial de “inexperiencia”, “incapacidad”, “impúber” y “asistencia” ha sido superado por la filosofía general de los derechos humanos que lo ha ido escindiendo hacia una acepción y contenido de “sujeto”, “evolución de capacidades”, “independización” y “protección”. En particular “la adolescencia” es una creación que ha ido suprimiendo la franja etaria de “la juventud”. Por todo ello “la adolescencia” no entraña una visión sociológica, criminológica y jurídica universalmente aceptada, con menos arraigo cultural e histórico en nuestro continente frente a la acepción “juventud”.

Sin embargo, su uso generalizado en gran parte de las legislaciones de América Latina y El Caribe tiene ciertamente la finalidad de normar con cautela las probables confusiones en

las materias relacionadas con el ejercicio de los derechos, el cumplimiento y los mecanismos garantistas, la especialidad y particularidad de cada derecho en cada volumen del desarrollo de la vida de la niñez, la asunción de responsabilidades sociales o deberes y, en fin estatuir un régimen que permita diferenciar entre niñez y adolescencia la mayor o menor capacidad en el ejercicio personal y directo de los derechos.

Nótese, por ejemplo, las normas relacionadas con Salud Sexual y Reproductiva en el artículo 32, o las del Capítulo II del Título II del Libro Primero, a partir del artículo 57, sobre Protección a la persona adolescente trabajadora, o el artículo 100 sobre la Capacidad de asociación, todos de la LEPINA, en donde se establecen claramente disposiciones distintivas en orden a la maduración de las facultades y el ejercicio de los derechos, entre niños, niñas y adolescentes.

Aunque en la LEPINA, a diferencia de otras legislaciones latinoamericanas, no se regula el Sistema Penal de responsabilidad de los y las Adolescentes; también no hay duda que la clasificación entre los grupos etarios de niñez y adolescencia, cobran importancia a los efectos de definir la edad mínima para establecer tal responsabilidad que, como ha dejado dicho en distintas oportunidades el Comité de Derechos del Niño, organismo de supervisión del cumplimiento de la CDN conforme a su artículo 43, ha instado a los Estados parte a que esta edad mínima sea elevada por encima de los 14 años.³⁰ . Por tanto, los niños o niñas, por ninguna razón deben ser sometidos al sistema penal de adolescentes.

DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 4.- Presunción de niñez y adolescencia

En caso de existir duda sobre la edad de una niña, niño o adolescente, se presumirá niña o niño antes que adolescente. En el caso que la duda fuese sobre si la persona es adolescente o mayor de edad, se presumirá adolescente.

La edad de la persona será determinada por el juez competente conforme a esta Ley, mediante las pruebas pertinentes.

Esta presunción, asimilable a un principio guía para la determinación de la edad en caso de dudas acerca de la edad de los sujetos protegidos, tiene razón y propósito de consagración en la LEPINA, porque:

30 Véase por ejemplo la Observación General número 10 (CRC/C/GC/10) del 25 de abril de 2007, en la que el Comité "... insta a los Estados Partes a no reducir la EMRP a los 12 años. La fijación de la mayoría de edad penal a un nivel más alto, por ejemplo 14 ó 16 años, contribuye a que el sistema de la justicia de menores, de conformidad con el apartado b) del párrafo 3 del artículo 40 de la Convención, trate a los niños que tienen conflictos con la justicia sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetan plenamente los derechos humanos y las garantías legales. A este respecto, los Estados Partes deben incluir en sus informes información detallada sobre el trato que se da a los niños que no han alcanzado todavía la EMRP fijada por la ley cuando se alegue que han infringido las leyes penales o se les acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y qué tipo de salvaguardias legales existen para asegurar que reciban un trato tan equitativo y justo como el de los niños que han alcanzado la mayoría de edad penal..."

a. Establece dos hipótesis claramente diferenciadas:

La primera hipótesis, para el caso de los dos grupos etarios protegidos por la ley como sujetos de derechos, es decir, si la duda de la edad es entre la condición de niña, niño o adolescente, en la que se presumirá que es niña o niño, según sea el caso al sexo que pertenezca, antes que adolescente, protegiendo así la condición más favorable, es decir, la de menos de 12 años. Tiene relevancia explicar que la duda debe ser razonable, pues, no existirá ésta si, verbigracia, se trata de una duda entre una persona de 4 años de edad, entrar a dilucidar si es o no adolescente, pero en cambio sí tendrá importancia, cuando se trate de una persona de 11 años de edad, en la que se presume pueda tener 13 años, caso en el que siempre se le tendrá como niña o niño.

La segunda hipótesis, cuando la duda se presente entre una persona que se presume adolescente o mayor de edad, es decir, de más de 18 años. En tal evento, se presumirá siempre adolescente. Al igual que en la anterior hipótesis acá la inteligencia legislativa protege la condición de adolescencia, es decir, la de menos de 18 años. Tampoco tendrá relevancia tal eventualidad cuando es evidente la madurez o adultez mayor de la persona que se trate, por ejemplo, las evidencias físicas de la madurez, pasados los 30 años, mientras que la duda es razonable con fuerza cuando hay mayor proximidad a la adolescencia y la juventud, por ejemplo una persona de 19 a 23 años de edad.

- b. Aunada a esta presunción, siempre el Juez determinará la edad mediante las pruebas documentales pertinentes: para ello, el Juez puede ordenar la remisión de las actas del Registro Civil de Nacimientos, las pruebas de nacimientos o tarjetas administrativas de registros hospitalarios, y en todo caso, medios probatorios científicos, como son las pruebas antropobiológicas, que bajo códigos morfológicos técnicamente aceptados, probables y de experticias indubitables, determinan con acertada aproximación la edad de una persona.

No son pocos los casos presentes de dudas sobre la edad. La jurisprudencia de muchos países latinoamericanos e incluso de Europa³¹, se ha encargado de determinar la preeminencia de este principio protector de in dubio pro niñez e indubio pro adolescencia. El primero actúa siempre ante la duda de si se trata de un niño o adolescente, y el segundo actúa frente a la duda de si se trata de adolescente o mayor de edad. Estos principios in dubio, ante la insuficiencia probatoria, deben favorecer siempre la condición que la ley preceptúa y su aplicación en la práctica judicial será de tal relevancia que permitirá determinar la competencia de un Tribunal de Niñez o una Cámara de Niñez y Adolescencia en razón del fuero de competencia procesal especial que determina la propia LEPINA a partir de su artículo 214 y la normativa del Decreto No. 306 que Reforma a la Ley Orgánica Judicial y Crea los Juzgados y Cámaras Especializadas de Niñez y Adolescencia.

DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 5.- Sujetos de derechos

Todas las niñas, niños y adolescentes son sujetos plenos de derechos. 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.

Sobre el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, hemos explicado en suficiencia en el capítulo II de esta obra, al cual remitimos a los lectores. Abundaremos en la afirmación expresando que esta disposición legal, como también hemos explicado, reconoce tal condición de exigibilidad de derechos y garantías desde el momento de la concepción, teniendo así al feto como persona, lo que apropia una protección extensiva antes de la edad cero, es decir, desde la fecundación del ovulo materno.

Se desprende, de igual manera el ejercicio progresivo de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes al expresar que la facultad directa de ejercicio debe considerar tres elementos concomitantes, cuales son:

1) **El desarrollo evolutivo de las facultades**, aspecto en el que debe considerarse que el desarrollo evolutivo se estrecha con la definición de los grupos etarios "niñez" y "Adolescencia", pero también al interior de cada uno de éstos la evolución de las facultades es diversa. Así, no

31 Por ejemplo la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Barcelona, España, de 18 de marzo de 2011. que determinó la Protección de los derechos de los menores ante la duda en la determinación de la edad en los casos de niños inmigrantes.

serán iguales las facultades de un niño o niña comprendidos en la primera infancia, de cero a tres años, que el de un niño o niña comprendidos en la edad de 7 a 12 años.

2) **La dirección y orientación apropiada de padres y madres:** Al respecto deben tenerse en cuenta que la LEPINA da un rol singular a la familia, por lo que la orientación y dirección adecuada para el ejercicio de los derechos y garantías es además de una condición para el ejercicio directo de estos por parte de la niñez y adolescencia, una obligación de padres y madres, o de uno cualquiera de estos, según se trate de una crianza o cuidado ejercido por ambos, o por uno sólo de los progenitores. Creemos que esta disposición ha debido hacerse extensiva a los responsables de niños, niñas y adolescentes, pues no siempre éstos se encuentran con los padres o madres. Así, creemos que ha debido abordar la obligación de dirección y orientación apropiada para el ejercicio de los derechos y garantías, no sólo a padres o madres, como hemos explicado, sino también a responsables, cuidadores temporales o permanentes, según la propia ley determina en los casos de Programas de atención, en caso de medidas de protección que se desarrollan en estos programas, estrategias o entidades. Aunque esta falencia en la norma que comentamos parece subsanarse en el artículo 7 de la LEPINA, sin duda que acá no se siguió la técnica legislativa más apropiada.

3) **Las limitaciones expresas en esta misma ley:** Limitaciones que ya hemos explicado, también vinculadas al desarrollo evolutivo, pero también en ejercicio del principio del interés superior del niño, niña o adolescente que más adelante será abordado. Por ahora, en cuanto a las limitaciones establecidas en la ley para el ejercicio directo de los derechos y garantías, tómese como ejemplo el indicado artículo 100 de la LEPINA, en donde si bien todos los niños, niñas y adolescentes pueden asociarse, sólo éstos últimos pueden formar parte de sus órganos directivos, lo cual da cuenta de un ejercicio personal y directo, mientras que las niñas y niños, sólo podrán asociarse pero no ser parte de la estructura directiva de asociaciones. Más clara resulta, por ejemplo, la limitación del artículo 99 que luego de reconocer el derecho de reunión, limita éste en determinados lugares considerados nocivos para la formación, el desarrollo y los propios derechos de niños, niñas y adolescentes, o las restricciones establecidas a la libertad de tránsito, en el artículo 42, en concordancia franca con el artículo 44 de la misma LEPINA.

Aparte reflexión amerita el uso del término “obligaciones” en esta norma, pues cuando la ley establece que “**...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...**” (subrayado aplicado), parece haber querido utilizar una sinonimia legislativa con la terminología “deber”. En la LEPINA se utilizan así indistintamente. Sobre la naturaleza de los deberes en leyes de derechos humanos trataremos en detalle en el Capítulo IX de esta obra.

DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 6.- Ámbito de aplicación

La presente Ley se aplica a todas las niñas, niños y adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el territorio del país.

Absolutamente concordante con el artículo 1 que define el objeto de la Ley, esta norma se encarga de forma expresa de determinar el ámbito de aplicación territorial y de los sujetos protegidos. Una reiteración de la aplicación extraterritorial por razones de no discriminación, que aunque pueda lucir redundante, resulta necesaria para que no se confunda con la finalidad de la ley, cobrando la autonomía normativa que permita mayor claridad a los operadores de la ley.

Como efecto de esta norma, no le está dado a la República de El Salvador, dejar de aplicar las disposiciones de la LEPINA a los nacionales de otro país que se encuentren en su territorio, por ejemplo en condiciones de inmigración, aunque ésta pueda considerarse ilegal, por no cumplir con los requisitos de ingreso al país. Resulta obvio que en cualquiera de estos casos, es deber también notificar a las autoridades del país de origen, no sin antes proveer de las medidas de protección adecuadas, y en la seguridad que aquel país, aunque sea su nacional, procurará la protección en el marco de los derechos humanos.

DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 7.- Sujetos obligados

Las madres y padres, en condición de equidad, los representantes o responsables de las niñas, niños o adolescentes, funcionarios, empleados e instituciones públicas, organizaciones privadas y la sociedad en general, están obligados a cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley.

Una interpretación acertada de la normativa de la CDN y de la Doctrina de Protección Integral de las Naciones Unidas, las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Ginebra, entre otros, permitirá entender que la responsabilidad que recae de forma compartida en padres y madres, resulta inequívocamente coadyuvante en el cumplimiento de los derechos y garantías de la niñez y adolescencia, y en la orientación para la asunción de responsabilidades sociales de éstos. El artículo 5 de la CDN manifiesta su respeto por las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, de impartir esa orientación y dirección para que el niño ejerza los derechos, pero resulta forzoso concordar la expresión “deberes” con el propósito de la LEPINA en el artículo que comentamos, y con la expresa función que destaca el artículo 18 de la CDN que establece como principio el que “...ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño”, siendo su preocupación fundamental, en el cumplimiento de tales obligaciones, el interés superior del niño. Todo ello se relaciona con los artículos 9, 78, 79 y 80 de la LEPINA que desarrollan responsabilidades compartidas, dando cuerpo a esta disposición preliminar.

Nótese que la ausencia de los responsables o representantes que acotamos en ocasión del análisis del artículo 5, aparece en esta directiva preliminar del artículo 7, incluso de forma extensiva al incorporar como sujetos obligados en el cumplimiento de la Ley a representantes, responsables, funcionarios, empleados e instituciones públicas, organizaciones privadas y la sociedad en general. Por supuesto, en el contexto de este artículo 7 está referido al cumplimiento de la Ley, y no exclusivamente a la dirección y orientación para el ejercicio directo de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes, cual es el requerimiento de adecuación del artículo 5 de la CDN, cuando incorpora a los miembros de la familia ampliada, e incluso a la comunidad.

Otras legislaciones de la región de América Latina y el Caribe, han evitado la generalización de responsabilidades en el cumplimiento de la ley, asignando roles específicos a cada grupo de los que forman parte del principio de corresponsabilidad. Así, en tal sentido, las legislaciones

ecuatorianas, venezolana y dominicana, por solo indicar algunas, separan detalladamente las responsabilidades familiares, de las que la sociedad y el Estado tienen frente a los imperativos de la ley.

DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 8.- Deberes del Estado

Es deber del Estado promover y adoptar todas las medidas necesarias para proteger a la familia, así como a los padres y madres, para el cumplimiento de los derechos y deberes establecidos en la presente Ley.

Sin ambigüedad ninguna esta Disposición preliminar centra en los poderes públicos del Estado dos obligaciones condicionantes para la efectividad de los derechos y deberes establecidos en la Ley: la de promover y adoptar medidas necesarias que protejan a la familia, así como a los padres y madres.

No cabe duda que la adopción de estas medidas está dirigida a la regulación imperativa de políticas públicas que generen las condiciones dignas de supervivencia, desarrollo y participación de las familias, de padres y madres, como la más apropiada estrategia que permita la satisfacción de los derechos. Nunca se hará posible que los derechos sean una realidad material y que los deberes permitan el equilibrio social y la seguridad pública, mientras el Estado no asuma la responsabilidad fundamental de orientar de forma prioritaria toda la gestión pública en función de la satisfacción de la dignidad humana en la acepción más amplia de los derechos sociales, económicos, culturales y ambientales.

Cuando el Estado falla en esta obligación opera la Acción de Protección que prevé el artículo 227 de la Ley, al tiempo que debe preceder la formulación de la Política Nacional de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, estatuida en la forma en que se encuentra en los artículos 109 al 114 de la misma Ley.

Los operadores de Justicia tienen en esta Disposición Directiva Preliminar, la norma para interpretar las obligaciones del Estado para con las familias, y así ordenar se subsanen las ausencias totales o parciales en las políticas públicas, o las carencias en la prestación de servicios conducentes al cumplimiento de derechos, mientras que el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia tiene la carga de ejercer esta acción de protección.

Un caso particular objeto de una acción judicial de protección, por ejemplo, sería la que se intente por ante el Tribunal competente para que se le dé prioridad en la destinación de los recursos públicos de un Municipio a las políticas y recursos para la Educación o a la salud de niños, niñas o adolescentes, frente a otros gastos presupuestados en estos ámbitos político territoriales que privilegien a otra población o grupo etario distinto, o se destinen a celebraciones o festividades municipales.

Capítulo IV

LOS PRINCIPIOS EN LA LEPINA

CAPITULO IV

LOS PRINCIPIOS EN LA LEPINA

En el Capítulo II de la LEPINA se consagran 7 principios, denominados rectores, que bien merecen consideraciones previas que permitan su interpretación general, es decir, la importancia y alcance que como Principios Rectores tienen en conjunto para la aplicación de las normas sustantivas y adjetivas que contiene la Ley.

I. Relación de los Principios Rectores con la Doctrina de Protección Integral.

Como hemos analizado en el Capítulo II de esta obra, los Principios que se derivan de la Convención sobre derechos del Niño son los de Igualdad o no discriminación, el de efectividad, Corresponsabilidad, Interés Superior del Niño y el de Prioridad Absoluta. Por supuesto, no son los únicos, sino aquellos que hemos analizado en el capítulo referido, pues, del mismo artículo 4 de la CDN en donde se encuentra el principio de adecuación y providencias como efectividad garantista de los derechos, y prioridad absoluta, también se encuentra el principio de Cooperación Internacional preferente.

La LEPINA no contiene la efectividad como principio rector, aunque lo desarrolla como norma garantista en sus artículos 1 y 8, fundamentalmente, pues obliga a mecanismos que hagan efectivos los derechos reconocidos. Hubiese sido ideal que la LEPINA diese el rango de principio a las medidas de efectividad, en términos de principios garantistas.

Desarrolla, sin embargo, la LEPINA el principio del rol fundamental de la familia, en el que UNICEF ha insistido constituye un principio de la CDN, incluso desde su preámbulo, cuando éste indica claramente que **“... la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad...”** y que **“...el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...”** En efecto, la Familia recupera su rol en todo el decurso de las normas, postulados y principios de la CDN, y no menos hace la LEPINA, por ser justamente la familia el grupo social primario de formación integral de la persona humana. Así se reintegra a la familia el papel que el tutelaje estatal había truncado.

También incluye un principio bajo el enunciado de “Naturaleza de los Derechos y Garantías”, que por razones de hermenéutica jurídica y de profundidad doctrinaria, configura expresiones que califican de forma restringida las propiedades de los derechos y garantías de las niñas, los niños y las y los adolescentes. Ya nos encargaremos de precisar las razones en que fundamentamos esta afirmación, en este mismo capítulo, al analizar todos y cada uno de los principios que contiene.

En fin, todos y cada uno de los principios contenidos en el Capítulo II del Título Preliminar de la LEPINA son coincidentes con los avances de la Doctrina Internacional de los Derechos Humanos de la Niñez y Adolescencia. Si una primera observación general debe preceder al análisis individual de cada uno de estos Principios rectores, es la ausencia de otros principios de igual rango, es decir, de naturaleza rectora en la interpretación y transversalidad en la aplicación de la Ley. No obstante, estas ausencias, bien son superables, puesto que la propia ley en su artículo 1 se ha encargado de asumir a la CDN y demás tratados internacionales como fuente directa en la interpretación y aplicación de la Ley. Por tanto, los operadores y administradores de las disposiciones y normas positivas de la LEPINA, no podrán aducir la ausencia de un principio en particular para la interpretación de una norma en un caso concreto, pues es imperativo que se remitan al artículo 1 que da rango especialísimo a la CDN, en donde se encuentran, por ejemplo el principio de efectividad y el de cooperación internacional (artículo 4)

II. Los Principios de Derechos Humanos: metaderechos

Los derechos humanos son, sin duda, de progenie y propósitos complejos, puesto que están compuestos de disposiciones iusfundamentales fusionadas de forma indisoluble con la noción de ser un derecho especialísimo, no asimilable (tampoco interpretable), por el derecho común u ordinario (civil, mercantil, administrativo, u otros), por lo que su complejidad está dada por ser un derecho autónomo, de caracteres, adjetivos, titulares y verbos de contraprestación radicalmente distintos al resto del derecho. De esa forma, los derechos humanos tienen también su asiento en la historia que les da nacimiento y progresividad continua.

La historia de los derechos humanos puede leerse desde diversas perspectivas y tendrá como resultado entonces, diferentes y particulares visiones. De la manera que se aproxime a su historia dependerá la comprensión que se tenga de ellos, y por tanto del concepto que se asuma sobre los derechos humanos, también de la lectura o comprensión histórica y de su concepto dependerá en gran medida de cómo se cumplan o como se exijan; por ello es tan importante que se defina la perspectiva en la que se ubique y a partir de allí comprender cuáles han sido las visiones históricas prevalecientes, qué efectos han tenido sobre la percepción que la mayoría de las personas tiene sobre los derechos humanos y qué consecuencias ha tenido esto sobre el grado de protección que han alcanzado.

Hasta ahora ha prevalecido una visión de los derechos humanos según la cual, éstos vienen predeterminados de igual manera para todos los seres humanos por el simple hecho de serlos, independiente de sus particularidades; y alcanzan su máxima vigencia una vez que han logrado ser positivados en leyes que los hacen exigibles. En esta visión, los hitos históricos vienen marcados por los momentos en los que se logra el reconocimiento normativo y jurídico de estos derechos. Así, la historia de los derechos humanos, se cuenta a partir de los momentos

específicos en que vieron la luz diferentes proclamas y declaraciones. La concepción naturalista del Derecho, anterior a la naturalista de los derechos humanos, utilizó la titularidad de los derechos devenida del poder de Dios, justificando de esa forma que el derecho pertenecía a los Reyes, quienes por el poder de Dios eran investidos del derecho. De esa forma, el derecho como parte de la ideología de dominación, era creado por los reyes en mandato de Dios, y por tanto se podía permitir la opresión, incluso la vida o muerte de las personas, constituyendo derecho.

Se ve con frecuencia, cómo se marcan como antecedentes del reconocimiento de derechos textos como la Carta Magna Inglesa de 1215, el Acta de Habeas Corpus de 1679 y, la Declaración de Derechos de 1688. Posteriormente toman protagonismo los procesos independentistas en América donde se suele destacar como hito la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América en 1776, la cual proclama la igualdad de todos los hombres. Igualmente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano proclamada en 1789 en el marco de la Revolución Francesa y que contenía el reconocimiento explícito al carácter natural de los derechos de los hombres. Estos hechos, estaban estrechamente ligados a procesos que ocurrían al interior de las diferentes naciones, bien sea para limitar el poder de los gobernantes o para lograr la libertad de poderes extranjeros.

Una perspectiva normativa-declarativa de los Derechos Humanos es la que ocupa la mayoría de las descripciones de textos y autores, sin embargo en esta perspectiva, se corre el riesgo de que los derechos humanos queden reducidos a una cuestión declarativa y normativa, definida de forma rígida en base a los derechos naturales ya determinados y en la que el proceso de exigencia jurídica se convierte en el asunto central, sin que se tomen en cuenta las condiciones concretas en las que estos derechos se hacen (o dejan de hacerse) realidad.

Desde esa perspectiva rígidamente normativa se han construido conceptos diversos., entre los que se conseguirán aquellos que se remiten a la generación de condiciones, individuales y colectivas para desarrollarse y vivir dignamente; que deben estar respaldadas en convenios, leyes, decretos, etc., por el Estado e instituciones que puedan garantizarlos, asegurando la vida normal del hombre en la sociedad. También encontraremos definiciones que toman a los derechos humanos como innatos, naturales, por la sola condición de ser persona humana, sin que medien otros elementos históricos, de luchas sociales y conquistas innegables en el devenir de la humanidad que los hayan hecho posibles. En esta consideración, los derechos humanos son asimilados a necesidades que adquiere el individuo, bien desde la concepción, bien desde el nacimiento, para el bienestar y el desarrollo.

También la visión de derechos humanos desintegradora de su historia, parte de la caracterización de la perspectiva normativa o declarativa como otra forma de aproximarse a su historia, mediante su clasificación según el tipo de derecho del que se trate y del momento histórico en el que han sido conquistados. En esta visión, los derechos humanos se jerarquizan debilitándose su integralidad.

Así se encuentran quienes sostienen que existen unos derechos de primera generación, aquellos que protegen las libertades individuales, que suponen un deber de respeto por parte de los Estados y que fueron reconocidos y protegidos primero que otros derechos; dejando caer la idea de que este reconocimiento ocurre antes, dado que se trata de derechos más importantes y de los cuales depende que otros derechos puedan ser garantizados. No es gratuito entonces que estos derechos denominados civiles y políticos, hayan alcanzado una mayor protección jurídica.

Los derechos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales, en esta visión desintegradora, son aquellos que protegen las condiciones de vida de las personas y que suponen el deber del Estado de intervenir mediante el diseño de políticas y la dotación de recursos para lograr su cumplimiento progresivo. También se les suele dar el carácter de colectivos puesto que se exigen más bien a través de medidas que benefician a grandes colectivos o grupos humanos. De allí que los medios para su exigibilidad jurídica, que suele activarse para las personas particulares y no para los colectivos, estén poco desarrollados y su protección ha dependido más bien de la capacidad de exigirlos a través de medidas no judiciales. En esta perspectiva se considera que su reivindicación como derechos fue posterior a la de los derechos civiles y políticos aunque la historia nos muestra por ejemplo, cómo las luchas obreras por alcanzar condiciones laborales dignas, han estado presentes a través de toda la historia e incluso, el surgimiento de mecanismos internacionales para la protección de estos derechos laborales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), fue anterior a otros mecanismos que protegen derechos civiles y políticos.

Finalmente, en esta perspectiva generacional-normativa se clasifican unos derechos de tercera generación que algunos consideran que están en pleno proceso de reconocimiento y que refieren a los derechos de los pueblos y colectivos a su autodeterminación, al desarrollo o al medio ambiente y la paz. Sin embargo, estos derechos también han sido reivindicados a través de la historia, por ejemplo, durante los procesos de colonización y neo colonización en América Latina; o a través de las luchas de los pueblos indígenas por preservar sus tierras y culturas.

Esta visión generacional de los derechos humanos desconoce su carácter integral y por ende de la dignidad de las personas, al fragmentarlos y darle más valor a unos que a otros; además, es inexacta en términos históricos pues las luchas por condiciones de vida dignas han estado a la par que las luchas por los derechos individuales y en la mayoría de las ocasiones han sido el motor que las ha movilizadas.

Un hecho que permite constatar la visión fragmentada de los derechos humanos que adoptó la humanidad y que ha incidido en la efectividad con que se les protege, es la forma en que se escindieron los derechos en el sistema universal. La adopción de dos Pactos Internacionales que protegían por un lado los derechos civiles y políticos y por otro, los derechos económicos, sociales y culturales, es una constatación de que en la protección de los derechos humanos están presentes visiones de fragmentación que desconocen la lucha de hombres y mujeres por la conquista sistemática e integral de los derechos y de la dignidad humana.

Partiendo de la complejidad que ya explicamos en los derechos humanos, por su estructuración subjetiva de derecho autónomo, pero particularmente por su especial característica en la formulación de obligaciones plurales o múltiples, con tenedores legítimos de derechos a los que no se requiere una contraprestación subjetiva para ser titulares de la prestación debida; los principios y derechos humanos son metaderechos, ya que por la característica esencial que les anuncia como principio, esto es, insistimos la titularidad del derecho sin deber de contraprestación alguna, son derechos y principios exigibles, cuyo efecto de exigibilidad conlleva complejas obligaciones de hacer, de no hacer o de dejar de hacer.

Los principios en la LEPINA, titulados como Principios rectores y los que se encuentran consagrados en la CDN, son exigibles como derechos y, por tanto, son de imperativo cumplimiento, además de obligar a las previsiones que cada uno contiene. Demos un ejemplo y seguramente la naturaleza de los principios como metaderechos sea mejor comprendida:

En el caso de una niña o adolescente que por su condición religiosa no sea admitida en un colegio, público o privado, es decir, por no profesar la religión oficial de aquél centro educativo, o que en caso de ser admitida, sin embargo se le obligue a las ceremonias de otra religión que no es la que profesa. Además de constituir una violación del derecho a la educación, en su acepción amplia contenida en los artículos 81 (derecho a la educación) y 98 (Libertad de pensamiento, conciencia y religión), constituye una discriminación contraria al principio de igualdad que impone obligaciones incondicionales e irrenunciables y la hace titular del derecho a un trato digno e igual. En este, como en otros casos, el principio de Igualdad del artículo 2 de la CDN y 11 de la LEPINA, constituye un Principio-derecho de carácter garantista, es decir, un metaderecho, alegable para la restitución del derecho a la niña o adolescente de que se trate.

Nótese entonces como los derechos humanos no sólo se encuentran circunscritos al concepto que emana de la norma concreta, pues un interés ulterior y especial está centrado en la clara definición de los principios como metaderechos constitutivos de condiciones subjetivas que siempre imponen una contraprestación (o varias), al margen de la expresión normativa simple, en donde los principios son más que instrumentos de interpretación, pues son derechos en sí mismos, y metaderechos de presencia subjetiva, concomitantes en lo programático a la titularidad permanente de los mismos a cada ser humano, individual o colectivamente considerado, independientemente de su necesidad de materialización, pues subsisten per se, es decir, siempre serán exigibles, aunque no se les haga uso en un momento determinado. Los principios de protección a los Derechos Humanos de las niñas, niños y adolescentes, son normas programáticas iusfundamentales en la toma de decisiones administrativas, político-institucionales y judiciales, entre otras.

En consecuencia, todo administrador de justicia, en las instancias en que corresponde conforme a la Ley que organiza el Poder Judicial, y en particular en las competencias por los sujetos y la materia que determinan la protección y los procesos judiciales a tales efectos en El Salvador, considerarán estos principios con el carácter de metaderechos, asimilados, como hemos analizado, a principios-derechos que servirán siempre y serán de utilidad garantista en la determinación de las causas judiciales, estableciendo de esa forma y siempre que sea ajustado a las probanzas judiciales, las obligaciones que surgen como efecto indisoluble y fusionados a las previsiones de los Principios Rectores, tanto aquellos contemplados en la LEPINA, como los que no estando expresamente allí contenidos, se encuentran en las normas constitucionales programáticas y en los instrumentos internacionales de derechos Humanos.

No debe existir determinación o sentencia alguna, proveniente de los Tribunales encargados de la Protección Integral, como tampoco decisión administrativa proveniente de los órganos del Sistema de Protección instituido en la LEPINA (medidas de protección, por ejemplo), que se limite a las citas de normas de derechos sin considerar lo que en esta sección hemos analizado, pues la naturaleza de metaderechos que conjuga la complejidad imperativa de los principios de protección integral, constituyen una obligación *magis stat sententia* (congruencia mayor de la sentencia) de derecho.

III. Los principios rectores de protección Integral contenidos en la LEPINA. Consideraciones, Análisis y ejemplos prácticos

Como hemos aclarado, la LEPINA acoge 7 principios, denominados rectores. Adicional a lo que hemos analizado en el Capítulo II de esta obra (lo cual pedimos tener pendiente a los y las lectoras); haremos consideraciones breves de cada uno de estos principios, de la siguiente manera:

PRINCIPIOS RECTORES

Artículo 9.- Principio del rol primario y fundamental de la familia

La familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado.

Se reconoce el rol fundamental de la familia como medio natural para garantizar la protección integral de las niñas, niños y adolescentes; y su papel primario y preponderante en la educación y formación de los mismos. Los padres tendrán derecho preferente a escoger la educación de sus hijos.

Las autoridades administrativas y judiciales, tomarán en cuenta este principio, para lo cual escucharán el parecer de la madre, padre o representante legal, cuando sea procedente.

La facultad de ejercicio de los derechos establecidos a favor de las niñas, niños y adolescentes será dirigida y orientada por quienes ejerzan legítimamente la autoridad parental o representación legal. En caso de duda, la decisión final corresponderá a quien ejerza la autoridad parental de la niña, niño o adolescente; a menos que, quien deba tomar la decisión sea el presunto infractor de los derechos de la niña, el niño o adolescente, en cuyo caso la decisión corresponderá a la autoridad competente.

Ninguno de los principios o derechos establecidos en esta Ley se entenderá que limita o menoscaba en manera alguna la autoridad parental de quien legítimamente la ejerce respecto de las niñas, niños y adolescentes sujetos a la misma.

Las indicaciones programáticas del principio rector del rol primario y fundamental de la familia, contienen al menos los siguientes aspectos.

- a. **La familia es el único medio natural para garantizar la protección integral de las niñas, los niños y adolescentes:** Ello obliga a considerar, en cualquier decisión, primero y antes que cualquier otro orden (institucional, supletorio, accesorio) , a la familia, bien de origen, bien nuclear o extendida, bien sustituta, pero siempre en la gradación que coloca a la familia de origen como el medio natural de protección. En consecuencia, hasta no agotarse todos los medios para que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen, no debe proveerse de otro medio de protección. Como se sabe, la LEPINA contiene una gama de medios programáticos para la protección de los niños que de alguna manera se encuentran excluidos de su medio familiar. No obstante, si se observan todos y cada uno de ellos (véanse, por ejemplo el Artículo 120: Tipos de medidas de

protección, Artículo 123. Acogimiento de emergencia, Artículo 124. Acogimiento familiar, Artículo 125. Colocación familiar, Artículo 129. Acogimiento Institucional); se concluirá sin dudas que se tratan de medios supletorios, que declaran el carácter temporal y/o excepcional, cuya finalidad será siempre la de proteger de esa forma (temporal), privilegiando siempre la restitución, lo más inmediatamente posible al seno de la familia de origen. Sólo la adopción, que no es un programa en sí mismo, sino un derecho a obtener una familia, sólo en aquellos casos en que es imposible, por carencia absoluta de la familia de origen o extendida, o por ser contrario al interés superior del niño, niña o adolescente, procede la separación absoluta de éstos, pero nótese que siempre en función del derecho a una familia. Por ello, el Estado, declara la LEPINA dará protección a la familia como base fundamental de la sociedad. Entendemos así que el Estado debe garantizar las políticas públicas, los planes, acciones y programas que permitan un nivel de vida digno a las familias, como medio extraordinario y natural de desenvolvimiento, desarrollo y bienestar de la niñez y adolescencia. Una previsión que debe entenderse de forma coherente con la forma en que se encuentran concebidas las responsabilidades y centralidad del Estado en todo el devenir normativo de la LEPINA, y en particular con las medidas y garantías establecidas en sus artículos 16 y 20.

Por otro lado, hoy día vista las diversas formas de composición familiar, en donde la familia no presenta un solo y rígido tipo de conformación, debe entenderse que el sentido dado a la protección del Estado es a cualquier forma de familia, por lo que su uso e interpretación debe entenderse en plural (familias), que pueden ser formalmente constituidas (matrimonios), extramatrimoniales o uniones estables de hecho o no matrimonial (en algunas legislaciones reguladas como "concubinatos"), monoparentales (sólo la madres y los hijos, sólo el padre y los hijos), familias extendidas o no nucleares (abuelas o abuelos con responsabilidad de crianza), e inclusive familias en donde hermanos o hermanas adultas, asumen la crianza de sus consanguíneos colaterales (hermanos), u otra forma de composición familiar. Esta ha sido la razón, por ejemplo, para que en la Constitución Venezolana de 1999 se haya establecido como principio la protección del Estado a las familias, y no a la familia.

- b. **El principio encierra el papel primario y preponderante de la familia en la educación y formación de los hijos e hijas.** Siendo el núcleo de formación integral, la familia tiene además de la responsabilidad en su formación, los derechos-deberes de formación integral, lo cual no se agota con el uso de los medios que proporciona el Estado (Escuela), por parte de los progenitores para con sus hijos. Si bien, es obligación velar porque la educación formal, existiendo las condiciones proporcionadas por el Estado (infraestructura, educación gratuita, calidad educativa, etc), el principio pone su acento en el rol de la familia para la formación moral, social y personal que edifique los rasgos que hagan posible el desenvolvimiento de hijas e hijos de forma adecuada a la vida en sociedad, con tolerancia, respeto, dignidad y humanidad. Este rol está íntimamente vinculado con la naturaleza de la educación en deberes y derechos que tampoco se agota con frases enseñadas, menos aún con autoridad impositiva, sino fundamentalmente con el rol del ejemplo, la disciplina consciente, que veremos en detalles cuando tratemos el tema de los deberes de las niñas, niños y adolescentes.
- c. **Las autoridades administrativas y judiciales, tomarán en cuenta este principio, para lo cual escucharán el parecer de la madre, padre o representante legal, cuando sea procedente.** Se convierte así en un imperativo procesal (judicial) y procedimental (administrativo), considerar el rol fundamental de la familia, extendido en este aparte

no sólo a la madre, el padre, o ambos, sino además a los representantes legales. En lo judicial, la opinión (llamado “el parecer”) de éstos, resulta elemental en aquellos procesos de la forma en que “...Para tramitar las pretensiones relativas a los derechos y deberes establecidos en la presente Ley, en las distintas etapas, instancias y grados de conocimiento, se aplicarán las disposiciones de la Ley Procesal de Familia, con las modificaciones que se establecen en la presente Ley...” (artículo 215 LEPINA), por lo que una de estas “modificaciones consiste en la opinión de los sujetos que ordena el principio del rol fundamental de la familia en todas aquellas causas judiciales que rigen según las competencias establecidas en el proceso general de protección y en particular los asuntos definidos en el artículo 226 de la misma ley.

Consideración especial y mucha cautela debe tenerse en la precisión del alcance que deba dársele a la opinión de los padres o representantes, puesto que éste resulta un principio para el equilibrio judicial en la toma de decisión, pero de manera alguna su aplicación debe desconocer el derecho de las niñas, niños y adolescentes a opinar en los procesos judiciales o administrativos, como lo preceptúa el artículo 94 de la LEPINA, y en particular lo estatuido en su tercer inciso, que obliga a garantizar “...**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...**”

- d. **La decisión de la autoridad parental.** Mención y agudeza en el análisis para su aplicación impone el apartado de este principio que establece que **La facultad de ejercicio de los derechos establecidos a favor de las niñas, niños y adolescentes será dirigida y orientada por quienes ejerzan legítimamente la autoridad parental o representación legal.** En caso de duda, la decisión final corresponderá a quien ejerza la autoridad parental de la niña, niño o adolescente; a menos que, quien deba tomar la decisión sea el presunto infractor de los derechos de la niña, el niño o adolescente, en cuyo caso la decisión corresponderá a la autoridad competente. (subrayado intencional), puesto que en la forma de redacción y del sentido lógico que se desprende de la primera frase citada, podría interpretarse una sustitución en el ejercicio directo de los derechos “establecidos a favor de las niñas, niños y adolescentes” por parte de “quienes ejerzan legítimamente la autoridad parental o representación legal”. A todas luces, no es ese el sentido, propósito y razón del legislador, por cuanto al utilizar en forma adjetiva los verbos dirigir y orientar no cabe duda que permanece incólume el principio de ejercicio directo (progresivo), de los derechos por parte de quienes son sujetos de la Ley, es decir, las niñas, niños y adolescentes. Si creemos que la formulación de la norma ha debido cuidar la técnica gramatical y la construcción fraseológica, puesto que se ha debido considerar de forma especial el ejercicio directo que prevé el artículo 5 de la misma Ley, ya comentado, en cuenta del cual el desliz técnico-legislativo de “la facultad de ejercicio de los derechos establecidos a favor de los niños” debió ser sustituido por la expresión “sin menoscabo del ejercicio directo de los derechos por parte de las niñas, niños y adolescentes, quienes ejerzan legítimamente la autoridad parental o representación legal, orientarán y dirigirán adecuadamente su ejercicio”. En tal sentido, luce con mayor finura técnico-normativa el encabezamiento del artículo 10 de este mismo Capítulo de la LEPINA sobre los principios rectores, al establecer que “**Los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes serán ejercidos por éstos 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 presente Ley.**” Y por esa misma razón resulta una reiteración legal innecesaria,

pues lo que se dice en el aparte del artículo 8 que analizamos, está comprendido expresamente en el artículo 10 eiusdem. En definitiva, en la aplicación de esta previsión principista, el juzgador u operador (sea administrativo o judicial), considerará sin duda el principio general de los sujetos a los que la ley reconoce el ejercicio directo de sus derechos consagrados y desarrollados en la normativa de la LEPINA, mientras que estos derechos no son meras “facultades”, que no deben utilizarse nunca como sinonimias a los derechos y garantías, por una parte, y en cuanto a las “facultades” de los padres, responsables o representantes legales, o de quienes ejerzan la autoridad parental, está circunscrita estrictamente a proporcionar “dirección y orientación” apropiadas a la niña, niño o adolescente que ejerce los derechos. En el capítulo II de esta obra, al detallar suficientemente el principio de corresponsabilidad, hemos insistido sobre este análisis, a lo cual remitimos a las lectoras o lectores.

Aparece apropiada la previsión de este aparte sobre el rol fundamental de la familia cuando “en caso de duda” (entendemos que la duda está referida a la autoridad parental y la representación legal), se preferirá o decidirá finalmente que quien ejerza la orientación y dirección en el ejercicio de los derechos, sea quien o quienes tienen el patrio poder o autoridad parental. Sin embargo, no vaciló el legislador en establecer la hipótesis (en la práctica muy frecuente), de que en caso que quien deba decidir la orientación y dirección en el ejercicio de los derechos sea un infractor de los derechos de la niña, niño o adolescente de que se trate. Nótese que el legislador utiliza la expresión “presunto infractor” y aunque pudiese parecer un error que afectaría la presunción de inocencia, acordémonos siempre que no estamos en presencia de una rama del derecho penal, o de otra rama ordinaria o común del derecho, pues la utilización de la expresión “presunto infractor” corresponde a una cautela no excesiva de la niña, niño o adolescente, por lo cual se erige en una especie de medida de protección sui géneris o en sentido impropio que permitirá prevenir un ejercicio de facultades de orientación y dirección de forma autoritaria, arbitraria o de abusos de cualquier índole (maltrato, explotación u otros abusos), por parte de aquél que aún teniendo la autoridad parental legítima, o la representación, esté incurso en una presunta infracción a los derechos del niño, niña o adolescente a quien pretende “orientar”. Los juzgadores, no pocas veces tendrán que utilizar esta figura, pues en muchos de nuestros países los indicadores de violencia intrafamiliar, en particular y en mayor grado contra mujeres y niñas, son alarmantes y desalentadores, por lo que se hará necesario siempre considerar este principio, aún con el equilibrio y la síntesis que impone el procurar siempre la permanencia de la niña, niño o adolescente en el seno de su familia.

La parte final del artículo que comentamos, cuida de manera especial que los principios y derechos establecidos en la ley no menoscaben la autoridad parental. Sobre este aspecto insistimos que la misma tiene su restricción en la dignidad, humanidad y respeto a los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, esto es que de forma alguna deba entenderse esta autoridad como una patente para el ejercicio de actos que violen, amenacen o vulneren derechos humanos. Al respecto, citamos al grandioso militante de los derechos humanos, Dr Edson Seda Moraes³², en un hermoso texto que recomendamos su total lectura, al referirse al artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, afirmando de forma pedagógica, sencilla y magistral que: “ **...Cuando se dice que el ejercicio de algún poder (en este caso la patria potestad) se da con el uso de la autoridad, lo que quiere decir es que el diseño, la**

32 LA PROTECCION INTEGRAL: Un relato sobre el cumplimiento del nuevo derecho del niño y del adolescente en América Latina, pag 43

figura, la forma de ese ejercicio tienen límites. ¿Cuáles son los límites del uso? Un límite es la omisión, o sea, tenemos el no uso de la autoridad. En ese caso nos encontramos ante la situación que el sujeto de derechos y de deberes (padre o madre), se abstiene del ejercicio de su autoridad: padres que, teniendo condiciones, dejan de asistir, criar y educar a sus hijos, no les brindan orientación, no promueven su bienestar físico, mental y social. Otro límite se manifiesta cuando quien ejerce la autoridad va más allá del uso. Tenemos entonces el abuso de autoridad. Se trata del caso de padres y madres que exageran y hacen daño cuando asisten, crían y educan a sus hijos, desdibujando, deformando, la autoridad. Entonces, cuando las personas se quedan acá o van más allá en el ejercicio de un poder (en este caso, de la patria potestad, pero podría ser el poder del maestro, del policía u otro agente público, como el médico, el comisario, el fiscal, el juez, etc), lo que se practica no es la autoridad, sino alguna forma de omisión y de abuso de la misma". En países de la Región de ALC en donde desde los años 90 del siglo pasado ha irrumpido la visión legal, y aunque con menor fuerza la cultura social sobre los derechos humanos de la niñez y adolescencia, con la fuerza emergente que tiene la ruptura del anterior paradigma de tutelaje represivo, se han generado mitos, prácticas y sentimientos encontrados, propios de la naturaleza de la irrupción de un nuevo paradigma filosófico, social, jurídico y, en fin, humanístico. Uno de esos mitos es justamente el del ejercicio de la patria potestad frente a los derechos de las niñas, niños y adolescentes que pretende establecer un dilema que pareciera entrapar a todos, sin salida o solución posible, encerrándonos en el laberinto de las soluciones simples: "o educamos y protegemos ejerciendo la autoridad, o dejamos que los derechos de los niños ganen la partida y nos retiramos para no ir en contra de estos derechos", es la frase dilemática de este mito. A su vez, plantearse tal dilema conduce a respuestas y prácticas consustanciadas con el proceder de la antigua Doctrina de Situación Irregular, en donde el ejercicio de la autoridad quedaba a la libre discrecionalidad de los adultos y de las instituciones, a través de un poder omnímodo y sin límites de ninguna naturaleza. En realidad, este mito del dilema entre poder/autoridad o derechos, comprende dos grandes elementos:

- i. Una especulación que desfigura la realidad normativa contenida en las leyes de protección a la niñez y adolescencia y, en general, en la Doctrina de Protección Integral, dándole una dimensión irreal a los derechos de los niños, haciéndolos aparecer como lo que no son, y en realidad, haciéndolos aparecer con el alcance que no tienen, casi asimilados al fin del mundo. Al igual que los egipcios, mayas o griegos, en los mitos cosmogónicos, éste de la deidad divina de los derechos de los niños y adolescentes les asigna un alcance que no tienen, haciéndolos todopoderosos, provenientes de una supuesta "nada", de un mundo mágico que ha eclosionado con tal fuerza que parecieran avanzar hacia el fin de la humanidad por la sola eclosión de los derechos, para luego hacerlos aparecer como un mito escatológico, como lo relata la Enciclopedia Encarta "Relacionados con los mitos cosmogónicos, pero en el otro extremo, están los mitos que describen el fin del mundo (mitos escatológicos) o la entrada de la muerte en el mundo. Los mitos del fin del mundo son habitualmente producto de tradiciones urbanas. Suponen la creación del mundo por un ser divino moral, quien finalmente lo destruye. Llegado ese momento, los seres humanos son juzgados y preparados para una existencia paradisíaca o una de tormentos eternos".³³
- ii. El temor de enfrentarse a lo que se desconoce por no saber tampoco como hacerlo, y en consecuencia, al desconocer los fundamentos principistas de los derechos de los niños, y al desconocer estos mismos derechos y su alcance, toman cuerpo la aplicación

33 Microsoft ® Encarta ® 2006

de cualquier especulación y cualquier salida tradicional de las practicadas en la antigua situación irregular, bien sea la de no corregir a través de la educación, la disciplina consciente y la conciencia de los sujetos, o la de "corregir" ejerciendo un poder, una "autoridad" contraria a la dignidad y condición humana de los niños y adolescentes.

Frente a este mito del dilema entre educación o corrección, autoridad o derechos y los indicados elementos que este mito encierra, se debe considerar lo siguiente:

- I. Como lo expresa María Gracia Morais³⁴, "...los derechos humanos surgen como límites al ejercicio del poder...", lo cual significa sin duda que a partir del reconocimiento de los niños como sujetos de derechos, el ejercicio de la autoridad, tenida como poder supremo y omnímodo, sin reglas ni principios que lo limiten, ya no es posible, todo lo cual no quiere decir de forma alguna que se pierde autoridad, sino que ésta se ejerce en consonancia con el respeto a la dignidad humana y a los derechos de los niños. En efecto, los derechos de los niños no niegan ni contradicen la autoridad de padres, maestros, responsables o representantes, sino que ésta autoridad estará rodeada de límites y prohibiciones de hacer y de no hacer. La conducta y las prácticas de las personas quedan así delimitadas y objetivamente circunscritas al contenido y alcance de cada derecho en particular, y de los principios de derechos humanos en general. La autoridad del padre o la madre, o de ambos, para orientar y corregir está limitada entonces por el derecho a la integridad personal de sus hijos, por el derecho a no ser maltratados, y por los principios de igualdad e interés superior del niño. La autoridad sin límites y sin respeto al ser humano deja de ser autoridad para convertirse en autoritarismo, propio de las conductas autorizadas por la situación irregular, negadora de derechos a la persona del niño. El Maestro podrá ejercer su autoridad como responsable de sus educandos, por ejemplo, para ordenar y disciplinar el comportamiento en el aula. El debate y el dilema, pues, no se encuentra en el ejercicio de la autoridad, sino en lo que entendemos por esta autoridad y las formas en que se asumen. No resultará nunca igual la autoridad ejercida con reacciones violentas y represivas que van desde el insulto y maltrato moral hasta llegar al físico, que la autoridad dialógica, en la que mutuamente (educador y educando, por ejemplo), establezcan los parámetros del conflicto presente, las reacciones intervinientes en cada uno, la posibilidad de conciliación, la estructuración de las faltas y sus consecuentes sanciones, y en fin, el ejercicio de la autoridad fundado en: a) la responsabilidad y atribuciones del educador, b) las responsabilidades y atribuciones del educando, c) la interrelación entre sujetos, y e) la dignidad y los derechos humanos de ambos sujetos, o de todos aquellos involucrados en el conflicto. Partiendo de las anteriores consideraciones en la relación de autoridad y derechos, se evidencia la especulación del mito señalado. No es verdad entonces que las leyes de protección a la niñez y adolescencia, y en este caso la LEPINA o que los derechos resten poder. Por el contrario, el enfoque de derechos humanos en el ejercicio de la autoridad funda una visión justa de las relaciones de autoridad, disciplina y obediencia, esto es, justa porque coloca en su real dimensión el ejercicio de la autoridad, haciéndola ilegítima cuando violenta los derechos de los niños, y justa también porque coloca al niño en una relación de respeto y disciplina, haciendo ilegítimo un comportamiento que desobedezca las ordenes legítimas de sus autoridades o responsables. Se trata, en fin, de una relación entre sujetos, en donde la dirección de las atribuciones de los sujetos adultos no es confiada al buen real y entender de éstos, sino a la relación entre sujetos humanos, con derechos y responsabilidades que deben respetarse, aun en el ejercicio de la corrección o disciplina.

34 Morais María Gracia. IV Jornadas sobre la LOPNA, p. 184.

- II. El desconocimiento de los derechos de los niños y de su alcance real, funciona muy bien para especular (y generar temores), asignándoles un alcance que no tienen. Como se ha dicho anteriormente, los derechos de los niños no excluyen ni desaparecen la autoridad/poder de sus responsables, sean padres o educadores, cuidadores o representantes legales. La propia Ley de la materia contiene claras disposiciones que permiten hacer uso de ellas en la tarea de corregir con autoridad y sin vulneración de los derechos humanos a los niños o adolescentes, y que podemos resumir en las facultades disciplinarias del ejercicio de la autoridad parental, o las facultades en reglamentos disciplinarios escolares e inclusive en el uso de la medida de protección impuesta al niño o adolescente frente a una conducta que viola o amenaza sus propios derechos. Sin embargo, lo que pareciera especular este mito del dilema descubre un desconocimiento de los derechos de los niños y su alcance, por lo que se hace necesario afirmar que nada ni nadie, es decir, ninguna norma ni autoridad alguna está facultada a aplicar supuestas correcciones fundamentadas en su experiencia, en su cultura, en su poder o en su parecer. Una regla que es de obligatorio cumplimiento es el principio del interés superior del niño que compele a limitar las decisiones y las actuaciones de cualquier autoridad, persona natural, persona jurídica, pública o privada, que sea contraria a los derechos y garantías de niños y adolescentes. Este Interés Superior, consagrado en la LEPINA en su artículo 12, es un principio garantista y una limitación de la discrecionalidad, por cuanto obliga a que en cualquier medida que se tome respecto de los niños, se adopten sólo aquellas que protejan sus derechos no las que los conculquen. Por tanto, es claro que la autoridad está limitada, como antes se afirmó, por el interés superior del niño. No obstante, la pregunta salta a la vista frente al mito indicado; esto es: ¿si se desconocen los derechos de los niños, cómo se puede aspirar a que las decisiones tomadas en el ejercicio de la autoridad no los conculquen, violen o amenacen? La respuesta no va en una sola dirección:

■ **En primer lugar, urge formar y educar sobre los derechos de los niños**, pero no para que padres y maestros, jueces y legisladores, policías y gobernantes, por ejemplo, los conozcan de memoria, sino educar para su práctica, educar para su aplicación cotidiana, no casuística, es decir, educar para que los derechos humanos en general, y los de los niños en particular, sean parte de la esfera pedagógica del maestro, y de la esfera de los deberes de los padres, de manera que se esté en la posibilidad no sólo de conocer “cuáles y cuantos” son los derechos, sino lo que son, su alcance, su valor concreto en la existencia y en la cotidianidad. Un claro ejemplo, es educar a educadores (aunque parezca imprudente la frase), sobre la dimensión jurídica, pedagógica y social de los derechos en relación con la actividad formativa de los escolares, y en específico, con la actividad disciplinaria. Como lo plantea Gomes da Costa³⁵ “...Por entender que las dimensiones jurídica y pedagógica de la responsabilidad no son antagónicas ni divergentes, sino convergentes y complementarias es que las considero distintos momentos de la evolución de un mismo proceso, el proceso de la socialización del ser humano, y, al mismo tiempo, de la humanización de la sociedad” Sin duda que detrás del temor de enfrentarse a la verdadera dimensión de los derechos de los niños se esconde la ausencia de un conocimiento profundo de ellos.

■ **En segundo lugar, quien ejerce la autoridad está en la libertad de respetar o no los derechos de los niños en la práctica de esa autoridad**, sin embargo, si elige el segundo camino, el de ejercer autoridad represiva, injusta e inhumana, no sólo no merece ser

35 Antonio Carlos Gomes da Costa, PEDAGOGIA Y JUSTICIA, pág. 4

autoridad (no merece ser padre o no merece ser maestro), sino que además debe atenerse a las consecuencias de su acto arbitrario. Como quiera que los derechos humanos constituyen una limitación del poder y de la arbitrariedad, y se comportan como un freno absoluto al desconocimiento de la dignidad humana; quien prevalido de tal autoridad ejecuta actos u omisiones que violen derechos de los niños, debe ser sancionado. Por ejemplo, en la mayoría de las Leyes Penales, Códigos o Leyes Especiales se establecen sanciones de prisión a quienes maltraten a una niña, niño o adolescente física o síquicamente. De manera que la limitación al ejercicio de la autoridad no sólo es un asunto de conciencia, sino también de reglas impositivas que se aplican en caso de su desconocimiento.

- **En tercer lugar, el desconocimiento del alcance real de los derechos de los niños en la relación de autoridad y disciplina no justifica de forma alguna su incumplimiento.** Y aunque esta afirmación parezca llover sobre mojado, es necesario traerla al texto una vez más, en razón de que las consecuencias que se derivan del ejercicio de la autoridad arbitraria y con abuso de poder no sólo son aquellas que expresamente estén contenidas como norma penal, sino también en el orden administrativo, toda vez que tratándose de una autoridad arbitraria que violenta derechos, es perfectamente aplicable la imposición de una medida de protección por parte del Comité local o Junta de Protección respectivo que ordene la restitución del derecho violado o amenazado con la acción u omisión de aquel que le ejecutó prevalido de autoridad paterna o educacional.

PRINCIPIOS RECTORES

Artículo 10.- Principio de ejercicio progresivo de las facultades

Los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes serán ejercidos por éstos 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 presente Ley.

Para facilitar el ejercicio de estos derechos, las entidades públicas y privadas ejecutarán proyectos dirigidos a la niñez y adolescencia, los cuales comprenderán actividades, planes o programas educativos sobre los derechos y obligaciones de las niñas, niños y adolescentes. En el caso de los centros educativos, estas actividades serán coordinadas por el Órgano Ejecutivo en el ramo de Educación.

En la oportunidad del análisis del artículo 5 de la LEPINA, hemos afirmado, entre otros detalles que el desarrollo evolutivo se estrecha con la definición de los grupos etarios "niñez" y "Adolescencia", pero también al interior de cada uno de éstos la evolución de las facultades es diversa. Así, no serán iguales las facultades de un niño o niña comprendidos en la primera infancia, de cero a tres años, que el de un niño o niña comprendidos en la edad de 7 a 12 años.

Precisamente la progresividad en el ejercicio de los derechos y garantías estatuidas en este principio del artículo 10, se fundamenta en la Convención sobre Derechos del Niño, que a los efectos de la determinación de dicha progresividad toma como parámetro el desarrollo

evolutivo de las facultades del niño, tanto en el marco del principio de corresponsabilidad en el artículo 5 "...en consonancia con la evolución de sus facultades..." los padres, la familia ampliada, la comunidad, tutores o responsables darán orientación y dirección apropiada para que el niño ejerza los derechos, como en el desarrollo normativo, por ejemplo en el artículo 12 sobre derecho a la opinión, el artículo 14, sobre el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, entre otros muchos más.

Importa indicar además que el desarrollo, la madurez, la evolución de facultades no es sólo un hecho supeditado a la edad, aunque lo hemos señalado como de relación estrecha con los grupos etarios, no es el único que infiere el desarrollo evolutivo de niñas, niños y adolescentes, pues la educación y cultura familiar y social, el medio en el que se relacionan, entre otros son factores que se conjugan para la determinación de la realidad evolutiva de la niñez, bien más temprano, bien más tarde. Elementos cognitivos de orden socioeducativos, no son uniformes en todas las sociedades y países, como las culturas tienen expresiones distintas, relacionados con estos elementos de la realidad histórica, cultural, educacional, etc. de una sociedad en un momento determinado, serán elementos que coadyuvan en la madurez de la niñez y adolescencia. Por ello, aunque la edad ha sido tomada como un parámetro singular y objetivo en la determinación del desarrollo de facultades en niñas, niños y adolescentes, habrá siempre que considerar además los elementos indicadores en lo social, comunitario, familiar y cultural, por tan sólo enumerar fenómenos de comportamiento incidentes en la cognición de las personas.

Nótese entonces como la LEPINA, consciente de la fuerza que estos fenómenos extrínsecos a la edad tienen en la formación de la madurez de la niñez y adolescencia, en la parte final de este principio, establece obligaciones a las entidades públicas y privadas, a los centros educativos del Estado, entre otros, en la ejecución de proyectos que comprendan actividades, planes o programas educativos sobre los derechos y obligaciones de las niñas, niños y adolescentes. Sólo acotamos un tenue desatino sin implicaciones de fondo en la redacción de esta parte in fine del artículo al hacer depender los "programas" de los "proyectos", cuando en el sentido lógico de la formulación de las políticas públicas y acciones de gestión y planificación, es totalmente al contrario, pues los programas son el género, y los proyectos la especie que desarrolla las acciones contenidas en programas. Así, un Programa Educativo, puede contener diversidad de proyectos, y estos a su vez subproyectos, según el alcance, necesidades o actividades a ejecutar, mientras que los proyectos son contenidos para el desarrollo de los programas, éstos nunca serán contenidos de los proyectos.

PRINCIPIOS RECTORES

Artículo 11.- Principio de igualdad, no discriminación y equidad

Todas las niñas, niños y adolescentes son iguales ante la Ley. Por tal motivo, no podrá justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en criterios tales como sexo, raza, color, edad, idioma, religión, culto, opinión, filiación, origen nacional, étnico o social, posición económica, necesidades especiales, discapacidad física o mental, nacimiento o cualquier otra condición de las niñas, niños, adolescentes o de sus madres, padres, representantes y responsables, que tengan por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos fundamentales.

Lo dispuesto en el inciso precedente no se opone al establecimiento de medidas especiales de acción positiva a favor de determinados grupos o colectivos de niñas, niños o adolescentes.

Valga en este principio, dar por reproducido todo aquello que hemos afirmado de forma profusa en el Capítulo II de esta obra acerca de los Principios de la Doctrina de Protección Integral, y en particular acerca del principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 2 de la CDN, lo cual damos por reproducido y remitimos a las y los lectores a esta lectura.

Adicional a lo allí afirmado, que bien se adecúa a lo preceptuado en el artículo 11 de la LEPINA, si es imprescindible destacar el inciso final de este principio, con referencia expresa y precisa a las medidas especiales de acción positiva a favor de determinados grupos o colectivos de niñas, niños o adolescentes. Nótese bien, que el encabezamiento del principio acá establecido no justifica distinción alguna en la aplicación de la igualdad o no discriminación, por tanto se está remitiendo a la igualdad formal de la justicia material, social y formal, tratándose de niñas, niños o adolescentes que se encuentren en igualdad de condiciones, mientras que el inciso final está orientado a favorecer las decisiones y aplicación de la equidad, como corrección material de aquello que la aplicación de la justicia por sí sola no logra enmendar. Actuar con justicia en la aplicación de la igualdad puede resultar un rasero inequitativo en aquellos casos de personas que por su propia condición de exclusión extrema, necesitan mayores prerrogativas, mayor esfuerzo y medidas extraordinarias que les permitan superar la condición de exclusión en que se encuentran.

UN CASO PRACTICO es aquel en que en términos del derecho a la educación, en aplicación de la justicia social se brinde acceso por igual a todos los niños y niñas en la Escuela Básica o Parvularia, en los términos en que lo prevén los artículos 81 y 82 de la LEPINA, pero en un grupo determinado de estos niños o niñas se encuentren 8 o 10 con necesidades especiales o retos extraordinarios, en cuyo caso, conforme a la acción positiva, léase en aplicación de la equidad, el Estado debe garantizar instalaciones, infraestructura, programas integrados y material didáctico-pedagógico que garanticen en acceso a la educación, capacitación, juego, esparcimiento, etc., a estos últimos, como lo dispone el artículo 84 de la misma Ley.

OTRO CASO PRÁCTICO, en lo judicial, sería el de una acción de protección prevista en el artículo 227 de la LEPINA que tenga como objeto la aprobación presupuestaria preferencial, a fin de que un Municipio determinado sea obligado judicialmente a la aprobación y designación presupuestaria preferencial para el saneamiento ambiental de una comunidad de ese municipio, en donde las condiciones de la red de aguas servidas pone en peligro el Derecho a la Salud de los y las niñas de esa comunidad. En estas circunstancias, a simple vista pareciese sacrificarse importantes recursos para un solo grupo de niños o niñas, pero sin embargo en aplicación del principio de equidad, la acción de protección sería absolutamente procedente.

Así, equidad y justicia se hacen parte integral del principio de no discriminación y, ambas figuras serán de aplicación garantista en y a través de los medios o mecanismos de protección a derechos colectivos o difusos, o a derechos individualmente considerados, según sea el caso.

Los operadores de la LEPINA tendrán de esa forma en el principio que analizamos uno de alcance extraordinario en la búsqueda de la igualdad social para la conquista de una sociedad justa, equitativa y digna, construida desde, para y con los niños, niñas y adolescentes. En términos ideales, no simplistas e idealistas, la práctica judicial está retada a hacer uso del principio de igualdad, no discriminación y equidad en su naturaleza más amplia para corregir, ordenar y ejecutar mandatos judiciales de restitución de derechos colectivos, difusos o individualmente considerados, lo que a su vez se erige en una potestad judicial (*auctoritate iudicial*) que recupera la verdadera dimensión de las facultades judiciales en los conflictos sociales que tienen como causa estructural la injusticia social. En este propósito, los mandatos judiciales por aquellas omisiones o acciones que violentan derechos colectivos o difusos, y en especial, los primeros a grupos determinados de niñas o niños, o adolescentes en condiciones de exclusión social (desnutrición, educación, salud, ambiente, etc), tienen naturaleza de verdaderos amparos a los derechos de supervivencia, desarrollo y participación, además de las situaciones particulares de protección especial.

PRINCIPIOS RECTORES

Artículo 12.- Principio del interés superior de la niña, niño y adolescente

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

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.

La madre y padre tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo de la niña, niño o adolescente. Incumbe a la madre y padre o en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo de la niña, niño o adolescente y su preocupación fundamental será el interés superior de éstos y el Estado lo garantizará.

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

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

De suprema importancia en la garantía de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes resulta, como en el Capítulo II hemos avanzado, el principio del Interés Superior.

Tal como lo hacen gran parte de las legislaciones latinoamericanas y del Caribe adecuadas a la CDN (República Dominicana, Guatemala, Venezuela, Ecuador, Colombia, entre otros), La LEPINA ha dedicado un extenso texto que califica de obligatorio cumplimiento a este principio para la aplicación, interpretación e integración en la toma de decisiones judiciales y administrativas, así como en la implementación y evaluación de las políticas públicas.

El carácter vinculante lo destina con el indiscutible propósito de asegurar el disfrute pleno de los derechos y el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes salvadoreños.

Aunque en el inciso del encabezamiento de esta norma la LEPINA ha definido el concepto de Interés Superior, entendido como lo hemos dejado asentado, un principio para asegurar el disfrute de los derechos y el desarrollo integral, en el siguiente inciso, toma una definición que podría prestarse a interpretaciones incongruentes con el significado doctrinario, puesto que valora elementos subjetivos vinculados a "...toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad..." .

Por tal razón se hace necesario puntualizar e insistir en lo que hemos analizado en el Capítulo II. El Interés Superior del Niño es un principio garantista que limita la libre discrecionalidad, puesto que la hace pender de la garantía de los derechos. En la subjetividad de situaciones que favorezcan el desarrollo espiritual, por ejemplo, podrían tener cabida decisiones administrativas o judiciales contrarias a la libertad o derecho de libre pensamiento, conciencia o religión.

Ahondaremos sobre lo que en esta misma obra hemos afirmado, para orientar la actividad judicial y administrativa sobre el alcance garantista del principio en comento.

Así, intentar explicar de manera suficiente el principio del interés superior del niño en el marco de las disposiciones nacionales e internacionales sobre derechos de los niños; sería una tarea insuficiente si no se tiene en consideración que este principio fundamental está intrínsecamente unido al resto de los principios que anuncian e informan a toda la doctrina de protección integral de los niños.

Por tal razón ha de considerarse en el contexto del análisis que sigue los principios de Igualdad, Efectividad, Prioridad absoluta, Integralidad y Corresponsabilidad como supuestos necesarios para interpretar acertada y correctamente el de Interés Superior del Niño. De tal manera que todo aquello que pudiese leerse en el análisis que prosigue, debe considerar además cada vez que sea necesario, lo que se ha escrito e interpretado sobre el resto de principios de la doctrina de protección integral. Ténganse entonces como parte integrada al principio del Interés Superior del Niño.

Las razones que se argumentan en la realidad social para desconocer en muchas oportunidades los derechos y las garantías de los niños, las niñas y los adolescentes; nos invitan a insistir en el carácter obligante –vinculante– del principio del interés superior del niño, y a profundizar acerca del contenido garantista y su aplicación práctica en los contextos de la vida de los niños y niñas, esto es, en la Escuela, en las comunidades, en los órganos públicos o privados, en el seno de las familias, en el diseño y ejecución de la política pública, entre otros espacios.

También la deformación que en no pocas prácticas judiciales y administrativas ha sufrido el principio del Interés Superior del Niño, constituye una invitación a profundizar acerca de su carácter garantista. Ciertamente, en su aplicación en muchos países de la Región de ALC cuando este principio no permanece en las tinieblas de las sentencias judiciales o de las decisiones administrativas, aparece centelleante en la luz incandescente de decisiones que justifican verdaderas violaciones de derechos, o que no permiten su ejecución material.

Por ello, precisemos, aunque parezca redundar, los siguientes aspectos:

1. Por ser garantista, el Interés Superior de Niñas, Niños y Adolescentes limita la libre discrecionalidad.

Antes hemos citado a Cillero³⁶ quien en doctrina ha establecido claramente que la Convención formula "...el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra, e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos."

Sin duda, que en la más correcta interpretación del motivo ideológico de la Convención sobre los Derechos del Niño, es el interés superior del niño un principio garantista en la medida que su aplicación (o desconocimiento, según sea el caso), determinará la sujeción o no a los derechos que están catalogados en la propia Convención y en los derechos que se encuentren desarrollados en la legislación interna del país, así como en el resto del concierto de acuerdos o pactos sobre derechos humanos.

Es garantista, entonces, en la medida en que se erige como principio destinado explícitamente a la materialización de los derechos de los niños y niñas, y lo es también en la medida en que su estricto cumplimiento impone una prohibición y/o limitación a la arbitrariedad de los tomadores de decisiones. Así, limita al juez igual que limita al Presidente de una Asociación Civil (ONG), o a un legislador, o a un policía, o a un administrador de una entidad de atención. De igual manera que lo limita, lo obliga. Esto es, lo limita en tomar una decisión que afecte negativamente los derechos humanos de los niños o niñas, mientras que lo obliga a tomar una decisión positiva en el mismo sentido de dar cumplimiento o restituir una situación de derecho infringida.

El camino que toma la Convención para construir un mundo de garantías de derechos es el de la preeminencia en la aplicación de principios que se comportan como estructurantes de toda la doctrina de derechos humanos de los niños. Estos principios que estructuran y transversalizan todas las normas contenidas en la Convención tienen la característica (cada uno de forma particular), de ser descriptores de derechos e imponen mecanismos y obligaciones (contraprestaciones), lo cual les asigna el carácter de ser todos principios garantistas y no meras proposiciones o "fundamentaciones" teóricas.

Por ejemplo, el principio de efectividad impone una conducta específica a las autoridades en la creación de mecanismos administrativos, legislativos y de cualquier otra índole para hacer efectivos los derechos de los niños.

36 Op cit, p 79

Por su parte, el principio de prioridad absoluta, impone una conducta presupuestaria y de política pública en la maximización de recursos a favor de los derechos sociales, económicos y culturales.

Igual sucede con el principio del interés superior del niño que, como hemos explicado, impone una prohibición o limitación y una conducta determinada en la toma de decisiones.

La especial característica que rodea a los principios garantistas de derechos en la Convención sobre los Derechos del Niño, por no tener otro nombre que darles, podríamos decir que es una “característica ideológica” para garantizar todos los derechos más allá de los derechos expresos o específicos, considerados en forma particular. Los principios son así derechos en sí mismo, que pueden ser alegados en cualquier circunstancia o situación.

Insistiremos en lo que hemos afirmado en esta obra, por considerarlo necesario en este acápite y así reiteramos que “el Interés Superior del Niño constituye un principio garantista de carácter limitativo a la potestad discrecional”. Por ello el principio no significa ni se debe aplicar de manera alguna como aquello que los adultos o las instituciones crean o conciben más conveniente o beneficioso para los niños en una situación particular, ni las convicciones de estos adultos, ni su experiencia, ni su cultura o tradiciones, porque la medida que tasa el interés superior del niño no es la discrecionalidad ni el libre arbitrio, sino los derechos y garantías de los niños. Por tanto, la medida será tomada en proyección a cuanto afecta a estos derechos humanos y no a la convicción del beneficio o perjuicio que los adultos crean que se genere. Como quiera que los derechos humanos son objetivos, no cabe duda que esas condiciones objetivas de derechos humanos se encuentran consagradas en la legislación nacional e internacional, y aún no estándolo es reconocida universalmente como tal, todo lo cual indica que el interés superior del niño se erige como una verdadera limitación o prohibición de la libre discrecionalidad de los decisores. “En la medida en que la decisión afecte negativamente los derechos, existe prohibición de tomarla, so pena de estar violando el principio en comento.”

Como estamos analizando, La LEPINA desarrolla legislativamente este principio en el artículo 12, entendiéndolo como un principio de interpretación y aplicación de la ley, de obligatorio cumplimiento y dirigido a asegurar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, y el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías, es decir, que igualmente lo concibe como un principio garantista y de limitación a la potestad discrecional de los decisores administrativos, judiciales o de otra índole.

En esta misma norma, la LEPINA establece que para la determinación del interés superior del niño en un caso concreto (no en un caso individual, sino concreto que puede ser de derechos colectivos, difusos o individuales), se considerarán seis reglas (literales “a” al “e” del inciso cuarto), más una regla general de aplicación preferente de los derechos que obliga a que la toma de decisión sea aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos restringe por el menor tiempo. A esta última la denominaremos la “regla de preferencia máxima de los derechos”.

La Regla del literal “a” que establece que en situaciones concretas se deba considerar “ **La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos**”, resulta preclara para su aplicación garantista, puesto que así ninguna decisión, administrativa, judicial o de políticas públicas puede contrariar la condición de sujetos de derechos que acá hemos definido como el fin ontológico de protección, es decir que los niños, niñas y adolescentes son los sujetos protegidos en derechos y por tanto capaces frente al Estado y a

tercero de exigirlos, pero también los terceros de exigirlos a los obligados de la contraprestación de derechos humanos debida. En tal perspectiva, insistimos que la cualidad de sujetos de derechos, al hacerlos titulares de exigencias positivas o negativas, es decir, de prestaciones de derechos, obliga a que el interés superior sea un principio insoslayable de exigibilidad de una conducta no distinta a la preeminencia del catálogo de derechos contenidos en la legislación nacional e internacional, y aún de aquellos que no estando previstos constituyan progresivamente condiciones subjetivas inherentes a la cualidad de sujetos sociales de derechos.

Adicionalmente, y en el mismo sentido anterior, para comprender la exactitud del carácter garantista del principio, interesa comentar la regla de la letra “c” que ordena considerar la condición específica de las niñas, niños y adolescentes **“como personas en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo”**, por su relevancia a los efectos de la aplicación del principio, regla que remite a que frente a cualquier toma de decisión que afecte a niños, niñas y adolescentes se debe apreciar tanto el hecho de que no son adultos, sino personas en evolución. Además deben considerarse los diferentes niveles de desarrollo entre ambos grupos (entre niños, niñas y adolescentes), y también los variados estadios al interior de cada grupo etario (al interior de grupo de niños y niñas y al interior del grupo de adolescentes).

Así pues, la conjugación de estas reglas de aplicación en situaciones concretas configuran sin lugar a dudas el carácter garantista y por tanto, de limitación a la discrecionalidad decisoria en los asuntos administrativos, judiciales y de políticas públicas.

2. La excepción en la aplicación del interés superior del niño

La única excepción al interés superior del niño, es decir, en los casos en que se pudiese tomar una decisión que podría afectar un derecho determinado, es sólo cuando la ley expresamente lo ordena o autoriza. Por ejemplo, en los casos previstos en los artículos 9 de la CDN sobre separación familiar por maltrato u otras circunstancias que afecten sus derechos (no comprendidas las carencias materiales, por supuesto) desarrollados en los artículos 78, 79 y 80 de la LEPINA, o en los casos del artículo 21 de la CDN, referido a la adopción.

Nótese entonces que aunque se prive del derecho a la familia, por ejemplo, se trata de preservar derechos como la vida, la integridad, etc. por lo que la decisión también estará orientada por el interés superior del niño que garantice aquellos derechos que la familia está violentando o amenazando. Debemos insistir en que la excepción es expresa en la ley, no en la mente del decisor administrativo o judicial, en razón de que en la práctica de algunos países, usualmente se dictan medidas o decisiones, aparentemente fundadas en este principio que se caracterizan por violentar derechos, tales como medidas de protección basadas en que “el niño tiene problemas de conducta en su familia...” separándolos arbitrariamente de ella e incluyéndolos en un programa de atención o institucionalización. Nada más contrario al interés superior del niño que tal medida, porque frente a este tipo de situaciones se amerita de una medida para fortalecer las relaciones intrafamiliares a través de un programa de atención ambulatoria que no prive al niño el derecho a su familia de origen y al mismo tiempo resuelva en su propio medio las relaciones y el buen trato en la familia. Lo contrario es hacer responsable al niño de una situación multicausal, en la que el niño o niña es víctima de violación de derechos y no causante de ello.

Por ser la excepción expresa en la ley, el interés superior del niño tiene así un contenido y función dialéctica, pues la excepción parte sólo de su propia tesis, esto es, que la posibilidad de eximir su aplicación está en el contenido mismo del interés superior del niño. Se exceptiona su aplicación cuando la ley expresamente lo contempla, y la ley lo prescribe sólo cuando se trata de garantizar los derechos de los niños, niñas o adolescentes en un caso concreto. Sólo es posible entonces dejar de aplicar el interés superior del niño por razón del mismo interés superior del niño, aunque parezca una contradicción o paradoja.

3. La interpretación/aplicación del principio

En el gráfico mostrado en este documento (véase el Capítulo II), construimos una regla de aplicación del interés superior del niño, que permite ponderar en la práctica (judicial, administrativa o de otra índole), en cuanto se afecta positiva o negativamente uno o más derechos en la toma de una decisión determinada.

Utilizar esta regla impone además de enfrentar la decisión a los derechos que se afectan, tener que tomar decisiones que pueden ir en contra de un determinado "interés" (léase derecho), del niño, la niña o el adolescente, como hemos explicado en el punto anterior. En tal circunstancia, jueces, fiscales, defensores u otros tomadores de decisiones, por lo general se encuentran en la disyuntiva de su aplicación, pues al interpretar el principio pesan "la prohibición" de violar derechos y la necesidad de "resolver el asunto". Cillero³⁷, al respecto dice que debe siempre en tal situación tomarse la medida que asegure la máxima satisfacción de derechos y la menor restricción de ellos, no sólo cuantitativamente, sino en relación a su importancia relativa.

Adicionalmente, la aplicación del principio debe estimar la forma y mecanismos reales de restitución lo más inmediato posible de los derechos que se están afectando cuando no queda otra alternativa que hacerlo, como por ejemplo, con la medida de separación del familiar maltratador del entorno del niño. También debe considerarse claramente que la privación temporal de un determinado derecho en aplicación expresa de la autorización que prevé la ley, lo es por el menor tiempo posible y como medida de último recurso, analizadas como hayan sido otras soluciones de derecho que no afecten el interés superior del niño.

Así, en una particular situación de niños en estrategias de supervivencia privados del medio familiar, no se justificaría que en aplicación del interés superior del niño se ordene una medida de abrigo o acogimiento de emergencia sin otros mecanismos paralelos, rápidos y eficaces de integración a la familia de origen o de localización de ésta. Incluso, la inexistencia de programas de localización familiar "formales" no impide que el decisor (Junta de Protección o Jueces), "construyan", "armen" o dispongan la formación de equipos de localización, apelando a las instituciones públicas, tales como policías, oficinas regionales de identificación, Tribunal supremo Electoral u otros, dando órdenes o mandatos expresos para la localización familiar.

37 Ob. Cit, p. 83

Igualmente, en tales circunstancias, los derechos que se han privado temporalmente y como último recurso por la decisión judicial o administrativa, deben considerar junto a las formas y mecanismos rápidos de restitución, que el medio en que se cumpla la medida sea lo más adecuado a la condición de desarrollo del niño, niña o adolescente, lo cual significa que en unos casos no se procederá igual que en otros, como por ejemplo, por razón de las edades en cada caso, o por razón de la condición particular de educación e inserción escolar, etc.

El particular “f” del artículo 12 de la LEPINA ordena que en cada caso particular, debe considerarse la “condición específica de desarrollo”, que es justamente a lo que hace alusión la anterior afirmación y ejemplo. De lo que debemos prestar atención particular, es a no confundir esto con la interpretación/aplicación del o de los derechos que están en juego en el caso concreto. Que se analice la particular condición de desarrollo no significa comenzar a aplicar los análisis biosociales para hacer depender de ellos y de sus resultados, el derecho o la decisión misma. De lo que se trata es de que la específica condición de desarrollo es la que determinará el mecanismo o la forma en que se aplicará la decisión que garantice los derechos del niño o niña, en cada caso y no que la condición biológica determinará el derecho. Esto es, que siempre se aplicará el interés superior (sus derechos), lo que varía es el mecanismo, el componente a aplicar por aquella particular condición. En resumen, varía el componente, pero no el conjunto. Conviene si tener muy clara estas consideraciones en la toma de decisiones judiciales y administrativas.

IV. El Garantismo del Interés Superior en el apotegma de los máximos derechos por el mayor tiempo

Otro aspecto clave en la interpretación/aplicación del interés superior del niño está orientado a la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, cuando existe conflicto entre los derechos de éstos frente a otros derechos e intereses legítimos, o cuando como la ley ordena se debe aplicar el mayor derecho por mayor tiempo. La LEPINA no admite otra interpretación que no sea la prevalencia de los derechos de forma siempre superior. Este apotegma bien merece aclararlo de forma inequívoca, puesto que sin duda que el catálogo de derechos reconocidos en la LEPINA y en la Convención sobre los Derechos del Niño no es suficiente para la determinación de la universalidad, cada vez más creciente, de derechos humanos. Por tanto, no se trata sólo de un ejercicio de lectura de los derechos que se encuentran estatuidos expresamente, sino también de todos aquellos que sean propios de la condición humana y del carácter integral y progresivo de los derechos humanos. Puede ser que en una situación determinada, no encontremos “el derecho” expresamente reconocido en la lectura de la ley o del instrumento internacional de derechos humanos, pero que la condición subjetiva a reconocer sea propia de los seres humanos. Pues, en tal evento, debe prevalecer el o los derechos de los niños, niñas o adolescentes. En particular, la prevalencia en la decisión debe garantizar el máximo de derechos, restringir el mínimo. En el primer caso por el mayor tiempo posible, se debe tener al niño, niña o adolescente en el disfrute de los derechos que la decisión encierra, y en el segundo caso, por el menor tiempo posible. Así, un ejercicio de equilibrio frente a una situación concreta invita a considerar el peso de los derechos frente a cualquier situación de inhibición o restricción de los mismos.

También conviene tener claro que este análisis debe ir aparejado de la condición de ejercicio progresivo de las ciudadanías de niños, niñas y adolescentes que consagra la LEPINA, y a la que hemos hecho referencia y análisis exhaustivo.

Por todas estas razones, en el momento de la toma de decisiones, prevalecen los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos de otros sectores de la población, pero también conviene preguntarse cómo se garantiza la prevalencia de estos en procesos judiciales o administrativos en donde las partes "adultas" ejercen la defensa técnica (padre o madre, por ejemplo, a través de sus abogados privados o públicos), mientras los niños, niñas y adolescentes por lo general no tienen la consideración de parte en el proceso.

Por ello, el enfoque de derechos humanos en lo procesal conviene e impone una obligación estatal, la que estatuyen los artículos 50 al 52, ambos inclusive, de la LEPINA. En atención a estas disposiciones se debe procurar siempre la asistencia jurídica, defensa material y debido proceso desprejuiciado de las prácticas en las que los padres (padre o madre), o ambos son los que tienen la asistencia o defensa material y la asumen de forma directa en sustitución de las niñas, niños y adolescentes, en particular en aquellas situaciones que involucran instituciones familiares como las obligaciones alimentarias o de manutención, regímenes de visitas, e incluso en situaciones de evidentes procesos de protección, creyéndose satisfecho el debido proceso, la defensa material y la defensa técnica con la existencia de los abogados de los progenitores, como si el niño, niña o adolescente no es parte en el proceso, cuando en realidad lo es, esencial y básicamente por ser el sujeto protegido por la norma, y por ser uno de los sujetos procesales (el de mayor interés), en las resultas de las causas, pues esta le afectará directamente en su vida, desarrollo y protección integral. Se amerita entonces de una ruptura con los mecanismos procesales prejuiciados en los que priva una concepción de "mayoridad" para ser legitimado procesal, no de forma declarada, sino de forma real en el proceso. Si bien de forma declarada, muchas leyes de ALC anuncian una capacidad procesal (en particular a los y las adolescentes), en el desarrollo de las reglas procesales, es anodina, cuando no inexistente.

Nos preguntamos, si en aplicación del interés superior del niño no debe "oírse" la opinión del niño, niña o adolescente en la cualidad de parte en el proceso? O son únicamente los adultos "las partes" en el proceso de obligación de manutención, por ejemplo, o en el de responsabilidad de crianza? El tratamiento que en este sentido debe superar la legislación es a atender el interés superior del niño, no solo en cuanto signifique "opinión", sino en cuanto al trato como parte procesal, en lo judicial o administrativo.

Tal como lo extenderemos en el Capítulo VI de esta Obra al tratar el derecho a la Justicia, 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. Se dirá entonces que la madre o el padre, según sea el caso, representa estos "derechos"? Cómo puede el niño o niña, el o la adolescente si no es parte, controvertir un determinado alegato de esos progenitores en juicio? ¿Basta con "oír la opinión"? ¿o es suficiente con que la Defensa Pública asista a una de las partes adultas en el proceso judicial?

La tendencia de la legislación procesal en el futuro más cercano debe ser de avanzada en el sentido que la CDN da al principio del Interés Superior del Niño, pues el derecho a la justicia y al proceso es integral a ese interés, y podría estar violentándose desde la norma procesal, cuando no es concomitante a la condición de parte el ser niño, niña o adolescente.

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.

PRINCIPIOS RECTORES

Artículo 13.- Principio de corresponsabilidad

La garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes corresponde a la familia, al Estado y la sociedad.

Dicho principio conlleva un ámbito de responsabilidad directa del padre, la madre, la familia ampliada y el representante o responsable, según corresponda por participar en el ambiente natural e idóneo en el cual se favorece el desarrollo de la personalidad de las niñas, niños y adolescentes.

El Estado tiene la obligación indeclinable e ineludible mediante políticas, planes, programas y acciones de crear las condiciones para que la familia pueda desempeñar su rol de manera adecuada.

Asimismo, deberá asegurar los derechos de las niñas, niños y adolescentes cuando por cualquier circunstancia la familia no pueda hacerlo, previa resolución de autoridad competente conforme a la presente Ley.

La sociedad deberá participar activa y continuamente en la garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, velará para que cada una de las obligaciones expresadas en esta Ley sea efectivamente cumplida.

Las afirmaciones que hiciéramos en el Capítulo II de este documento acerca de la corresponsabilidad como principio de la doctrina de Protección Integral de la niñez y adolescencia, resultan confirmadas por este principio rector en la LEPINA, pues se determinan con claridad las obligaciones, roles y responsabilidades de la trilogía Estado-familia-sociedad.

En esta trilogía, corresponde sin duda a la familia el deber primigenio e indeclinable de crianza, cuidados, formación y desarrollo en el natural ambiente de la familia, pero no basta con que sea formalmente el de una familia, sino el idóneo para garantizar el desarrollo de las niñas, niños o adolescentes. La LEPINA distingue con exactitud la responsabilidad directa del padre, la madre, la familia ampliada, representante o responsable, según corresponda.

Debe notarse con atención que el penúltimo inciso coloca en obligación del Estado asegurar los derechos de los niños, niñas y adolescentes cuando la familia no pueda hacerlo, pero no de forma solaz y de absoluta discrecionalidad, sino por resolución de la autoridad competente, esto es, de las Juntas de Protección en los casos de las Medidas en las que la ley les acuerda competencia, de la autoridad Judicial, también en las medidas de protección de exclusiva competencia judicial, y/o en las acciones de protección para la garantía de derechos colectivos y difusos.

También es deber del Estado hacer cumplir los derechos de los niños, y en tal sentido, debe producir las transformaciones y adecuaciones institucionales imprescindibles para tal fin. Los cambios (si se quiere en plural) para transformar sustancialmente la sustitución/reacción de derechos representada por la visión minúscula de las instancias de protección, deben estar

apuntados a la refundación del Estado para la conformación de la estructura constitutiva/ activa de derechos, lo cual compromete la gestión pública en la “afirmación, realización e implementación de los derechos de los niños”³⁸, con severas implicaciones principalmente en el orden de la estructuración y concepción del modelo de Estado que gestiona los asuntos públicos para la satisfacción de las “necesidades reales”³⁹. Se trata, en otras palabras, de iniciar un proceso de cambios estructurales del modelo en que ha sido fundado y desarrollado el Estado, porque las causas de la insatisfacción de los derechos humanos de los niños tienen su explicación en el modelo de injusticia social que ha sido congénito al Estado mismo. De consecuencia, también se trata de apuntar a una visión mayúscula de estos cambios que supere el remozamiento y la redecoración de sus instancias, profundizando en las contradicciones existentes entre la estructura del Estado y los derechos humanos, así por ejemplo, entre la toma de decisiones y las oportunidades de participación de los niños en ellas; o profundizando en las contradicciones existentes entre los modelos de planificación y asignación presupuestaria y la satisfacción de las necesidades reales de los niños; o entre las formas de gestión pública de un Ministerio de Familia o de Desarrollo Social, o de un Ministerio de Educación y la satisfacción de estas necesidades; o la más aparentemente invisible, pero permanente contradicción, entre las estructuras y formas de gobierno y de gobernabilidad que asumen los órganos legislativos en referencia a los derechos humanos de los niños.

Corresponde al Estado, crear las condiciones a las familias para que el rol que la ley les asigna pueda desempeñarse de forma adecuada. Ello corresponde a las políticas públicas del Estado, a los programas y servicios sociales básicos y, en fin, a la satisfacción de los derechos humanos por cuanto mecanismo de la gestión pública, y de todos los poderes públicos del Estado, sean idóneos. Con tal fin, el Estado amerita de transformaciones institucionales que hagan posible esta indeclinable función. Así, las adecuaciones sustanciales en los ordenes administrativos, presupuestarios, de planificación social, de servicios públicos, de la organización y estructura de la administración de justicia, de conformación de la respuesta institucional a los requerimientos de la niñez, del aparato policial e incluso de aquéllos asuntos declarados tradicionalmente como de seguridad y soberanía de Estado, de la distribución y redistribución de la riqueza nacional; no sólo encuentran una limitación de derecho en el principio del interés superior del niño, sino que en atención a la responsabilidad central en el cumplimiento de los derechos humanos de la niñez y adolescencia están ordenados a transformarse sustancialmente para dar respuesta a la satisfacción de los derechos de los niños.

En el marco del relacionamiento entre la efectividad como principio, las garantías como obligación del Estado y las transformaciones institucionales como medio idóneo, el deber de prestación de los derechos sociales, económicos y culturales está obviamente relacionado a los mecanismos con que cuenta el Estado para su satisfacción, en donde no tiene cabida seguirlos confiando a la discrecionalidad que ha funcionado de manera perversa para excusar la supresión progresiva (y sistemática), de estos derechos. Entenderlos como simples servicios sociales que se dejan a la discrecionalidad del Estado, o a los favores de asistencia social, o sacrificarlos por las situaciones de crisis que atraviesan los países, negociando estos derechos en el mercado, constituye otra perversión para justificar su negación sistemática.

38 Baratta, Alessandro, La Niñez como Arqueología del Futuro.

39 En la misma obra, -en una acepción que comparto- Baratta entiende como “reales” las necesidades dentro del contexto de una teoría histórico-dinámica, explicando que son aquellas que deben satisfacerse en una sociedad, atendiendo especialmente a que su cumplimiento o no redundan en la manifestación de la justicia social. En ese sentido, su incumplimiento revela de manera clara la violencia estructural, es decir, la representada por el Estado al existir disonancia de las opciones productivas y distributivas con relación a las necesidades.

La afirmación de Ferrajoli⁴⁰ es así un significativo aporte si queremos analizar las realidades institucionales de nuestros países desde una perspectiva crítica y propositiva, cuando expresa que **“....los problemas suscitados por los derechos sociales son sobre todo de carácter económico y político: tanto porque estos derechos, a diferencia de otros, tienen un coste elevado, aunque seguramente no mayor que el de su tutela en la formas paternalistas, y clientelares de prestación, como porque, de hecho, a falta de adecuados mecanismos de garantía, su satisfacción ha quedado confiada en los sistemas de welfare a una onerosa y compleja mediación política y burocrática que por sus enormes espacios de discrecionalidad constituye la fuente principal de despilfarros, costes y, sobre todo, ineficacia.”**

Los cambios (si se quiere en plural) para transformar sustancialmente la sustitución/reacción de derechos representada por la visión minúscula de las instancias de protección, deben estar apuntados a la refundación del Estado para la conformación de la estructura constitutiva/activa de derechos, lo cual compromete la gestión pública en la **“afirmación, realización e implementación de los derechos de los niños”**⁴¹, con severas implicaciones principalmente en el orden de la estructuración y concepción del modelo de Estado que gestiona los asuntos públicos para la satisfacción de las “necesidades reales”⁴².

Así, por ejemplo, cada medida de protección individualizada dictada a favor de un niño o niña (en casos de protección especial contra el maltrato, la explotación, etc), va a engrosar la deuda que tiene el Estado con las políticas sociales, a más medidas de protección se tengan, por ejemplo, en un Municipio, cantón o parroquia, indudablemente más falencias hay en la política pública de esa localidad. Si bien es importante la atención individualizada del niño desprotegido o violentado en sus derechos, si bien la calidad de esta atención reparatoria de derechos está indicada precisamente por el respeto a sus derechos humanos, la integración a una familia, a la escuela, etc., según el caso, también es cierto que estas medidas no pueden convertirse en la guía usual del diccionario de la protección, por cuanto representan la atención final (individual y personal), de un conflicto de carácter estructural y social que se disminuirá (hasta su mínima expresión) no contando la cantidad de medidas de protección dictadas, sino la capacidad y calidad de las políticas públicas para superar el conflicto social que da origen a su repetencia y permanencia en la vida de muchos niños y niñas.

40 Ferrajoli, Ob. Cit.

41 Baratta, Alessandro, La Niñez como Arqueología del Futuro

42 En la misma obra citada Baratta entiende como “reales” las necesidades dentro del contexto de una teoría histórico-dinámica, explicando que son aquellas que deben satisfacerse en una sociedad, atendiendo especialmente a que su cumplimiento o no redundan en la manifestación de la justicia social. En ese sentido, su incumplimiento revela de manera clara la violencia estructural, es decir, la representada por el Estado al existir disonancia de las opciones productivas y distributivas con relación a las necesidades.

Resulta así imprescindible que el Estado constitutivo/activo de derechos supere también las prácticas de “restitución” de derechos individuales por vía de la acción forzada de órganos administrativos o judiciales, según sean los casos. Si bien, en la organización de las transformaciones institucionales estas formas deben permanecer como mecanismos de garantía de derechos, son sólo secundarios (de hecho, en la doctrina moderna de los derechos humanos, la restitución y la sanción, son garantías secundarias), el Estado social de derechos debe profundizar en mecanismos y formas permanentes de autorregulación o autocomposición administrativa (voluntaria y hasta natural), que reduzcan al máximo la aplicación forzada de la restitución. El Estado social de Derechos debe ser capaz de avizorar por sí mismo estas situaciones e impedir su materialización. Ello es posible en la concepción de la política pública de protección especial como elemento integrante de la política general de protección integral. En todo caso, los programas de protección especial dirigidos a la atención individualizada como restitutoria de derechos, responden a las líneas de la política pública de protección de la niñez, de tal suerte que la dimensión que a ésta última se le da en la estructura y en la planificación del Estado, definirá la dimensión de la protección. La mayor dificultad por la que atraviesan los programas de protección ha consistido en la separación (aislamiento), que de ellos se ha hecho de la planificación general de la protección integral, como si fuesen absolutamente independientes, y como si la atención individualizada de los conflictos de violación o amenaza de derechos de los niños, estuviese conceptualmente abstraída de la política pública. Esto es, así como deben existir líneas y planes de y para las políticas universales, deben existir para las políticas especiales. En ello también se empeña la idea del Estado constitutivo/activo de derechos humanos, por cuanto el alcance de las transformaciones institucionales estaría orientado igualmente a producirse al interior de la propia conceptualización de la política pública, incluyendo en éstas la política de protección especial, que además de atender a los excluidos, los incluya en el goce efectivo de sus derechos como persona humana⁴³.

PRINCIPIOS RECTORES

Artículo 14.- Principio de prioridad absoluta

El Estado debe garantizar de forma prioritaria todos los derechos de la niñez y de la adolescencia mediante su preferente consideración en las políticas públicas, la asignación de recursos, el acceso a los servicios públicos, la prestación de auxilio y atención en situaciones de vulnerabilidad y en cualquier otro tipo de atención que requieran.

En ocasión de analizar este principio en el Capítulo II de la presente obra, entre otras afirmaciones, hemos expresado que la Prioridad Absoluta no está dirigida únicamente al hecho de que a niñas, niños y adolescentes 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

43 Un importante y reciente ejemplo de autocontrol y regulación de Derechos Humanos, desde el punto de vista del deber ser lo instituye actualmente la nueva Constitución Política del Ecuador que, además de crear un Sistema de Protección de Derechos Humanos, de carácter autónomo, ha consagrado los Consejos de Igualdad que siendo parte de la función ejecutiva están encargados de la vigencia de los derechos constitucionales y de tratados internacionales, con atribuciones en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de políticas públicas en materias específicas

preferentemente estas violaciones.

Otras legislaciones explican con mayor detalle este principio. Así, por ejemplo en la Ley de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 7 se le da carácter “imperativo para todos”, entendiéndose que tal frase, a diferencia de la LEPINA, no obliga sólo al Estado, sino también a la familia y a la sociedad. Por supuesto, en situaciones de socorro o auxilio, todas las personas están obligadas a dar preferencia a la niñez y adolescencia. En el Código del Ecuador, en su artículo 12, se agrega además una regla de interpretación y aplicación de la prioridad absoluta, estableciéndose en su inciso final que “En caso de conflicto, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecen sobre los derechos de los demás.”, y en la Ley 136-03 de República Dominicana, en el Principio VI sobre la Prioridad Absoluta una regla similar a la Ecuatoriana, que en la legislación venezolana se encuentra comprendida como regla de interpretación y aplicación en el principio del Interés Superior del Niño.

La LEPINA ha seguido con mayor escrúpulo a la Convención sobre los Derechos del Niño, diríamos que le ha interpretado de forma más restringida que otras legislaciones en la Región de ALC, desarrollando de forma poco abundante el principio de prioridad absoluta.

No obstante, se desprende del artículo 14 que estamos tratando, 4 elementos que obligan al Estado de forma preferente para dar cumplimiento a los derechos humanos de la niñez y adolescencia. Así, el Estado es responsable de dar preeminencia en:

1. Políticas Públicas
2. Asignación de Recursos
3. Acceso a los Servicios Públicos, y
4. La prestación de auxilio y atención en situaciones de vulnerabilidad, o cualquier otro tipo de atención.

Entendemos así que el Estado salvadoreño se encuentra obligado a dar preferencia a niñas, niños y adolescentes en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas. Elocuente es el efecto que tal determinación tiene para todos los órganos del poder público en sus diversas formas de organización político-territorial, esto es Nacional, Estatal, Municipal, en el orden vertical, así como en el horizontal, esto es los Órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial del Estado. Tal preferencia en formulación, ejecución y evaluación compromete a una acción y gestión enfocada desde la perspectiva de los derechos humanos, contemplando con prioridad las políticas dirigidas a la satisfacción de los derechos de supervivencia, desarrollo, participación y protección especial.

En razón de esta prioridad absoluta, por ejemplo, el presupuesto dirigido a la satisfacción de derechos debe ser formulado de forma autónoma y especial, primero y antes que cualquier otro postulado de financiamiento para cualquier otro sector. Las leyes presupuestarias en el Parlamento, por ejemplo, están obligadas a considerar el máximo de los recursos para la supervivencia y el desarrollo de la niñez, adolescencia y sus familias, antes que el gasto militar, de seguridad policial, entre otros.

En ese mismo orden obliga a los planificadores y decisores presupuestarios en Estados, Municipios y otras dependencias de gestión pública.

El Órgano Judicial, que es parte orgánica estructural del Estado en sus vértice horizontal y vertical, debe formular la Política Pública Institucional de Niñez y Adolescencia, diseñando los objetivos, planes, metas, acciones, presupuestos, asignando recursos materiales y humanos, con prioridad para la organización, funcionamiento, consolidación y evaluación de la gestión judicial de los Tribunales y Cámaras de Protección, entre otros.

Otro efecto que se deriva del Principio de Prioridad Absoluta es el conocimiento de las acciones de Protección previstas en la LEPINA, en las que se demanden derechos colectivos o difusos, relacionados directamente con la ausencia de políticas públicas, presupuestos preferentes, recursos y/o servicios insuficientes para la garantía de los derechos de la niñez y adolescencia, reconocidos en la CDN y desarrollados en la ley de la materia.

Así, para las juezas y jueces de protección de la niñez y adolescencia, es un imperativo el uso de este principio en la interpretación de las causas judiciales y su consideración en el análisis de la resolución o sentencia judicial, que tengan la finalidad antes indicada

En cuanto a la formulación de la política pública previsto en este principio del artículo 14 de la LEPINA, ésta previsión compromete a todos los sectores y poderes del Estado, por lo que con tal finalidad resulta esencial el análisis de situación de los derechos de la niñez y adolescencia, como un supuesto ineludible para obtener información desagregada, oportuna y pertinente que permitirá que la formulación de las acciones de prioridad absoluta lo sea ciertamente. En ese sentido, el análisis de situación en el enfoque de derechos humanos debe abarcar dos direcciones: 1) el análisis externo, es decir, el de la situación objetiva en lo social, cultural, familiar, económico, es decir, en los grupos de derechos de Supervivencia, Desarrollo, Participación y Protección Especial, que permita determinar con periodicidad cercana (al menos anualmente), el estado de los derechos de la niñez en el país, en el Municipio, en las comunidades, etc., y 2) El Análisis de Situación Interno u organizacional, que en el mismo enfoque permita determinar las capacidades, falencias, aciertos, avances en las instituciones y poderes públicos del Estado, de forma intra y transectorial para dar respuesta a las demandas de derechos humanos de la niñez y adolescencia.

Estos componentes, listados anteriormente para la instrumentación de la política pública de prioridad absoluta para la niñez y adolescencia, precisa además acciones elementales para que las adecuaciones institucionales logren el cometido de ser garantía expresada en políticas públicas. En tales acciones, se deben contener básicamente las siguientes:

1. **Evaluación de los Sistemas de Protección⁴⁴ y de las instancias que ejecutan políticas a favor de los derechos de la niñez y adolescencia**, que con el uso de metodología cualitativa y cuantitativa tenga como objetivo central la determinación de los principales aciertos, obstáculos y avances en la creación, funcionamiento y resultados de los órganos, instituciones y entidades que lo conforman. Dicha Evaluación permitirá arribar a un análisis del estado situacional en las dos direcciones a las que hemos hecho referencia, a través de, por lo menos, los siguientes indicadores:
 - a. **Indicadores de políticas públicas y estructuras** que reflejen la información cuantitativa y descripción cualitativa de las políticas públicas para la garantía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la estructuración de cada órgano, entidad o institución y sus recursos para responder a estas políticas.
 - b. **Indicadores de procesos**. Que medirán el tipo y forma de los servicios de acuerdo con determinados estándares de calidad, especialmente en los programas de atención.
 - c. **Indicadores de procedimientos y gestión**, que describirán las características y la dinámica de los procesos, los grados de cumplimiento de las metas, y por tanto, la verificación de los objetivos de las diversas instituciones y órganos, en función de las atribuciones que tengan establecidas.
 - d. **Indicadores de impacto o resultado**. Que midan la incidencia de políticas y programas en la población total, o en la del grupo poblacional objetivo.
2. **El seguimiento y la evaluación con estándares de derechos a los Programas, acciones y Proyectos de niñez y adolescencia, públicos y/o privados, o mixtos**: Es definitiva la relevancia que tiene la evaluación de los programas de atención, servicios básicos, entidades de atención, centros de internamiento en materia penal. Para ello es necesario que estos programas, entidades y acciones dirigidas a la protección y/o restitución de incorporen modelos de evaluación que contengan los estándares de calidad de los derechos humanos de Supervivencia, Desarrollo, Participación y Protección Especial que en forma general se caractericen por contribuir con instrumentos cualitativos y cuantitativos diseñados en forma de observación descriptiva y participante para sistematizar los niveles más concretos de las prácticas en los programas (Instalaciones, áreas, dotaciones, programa aplicado, etc.), para determinar la calidad de la garantía de derechos, concibiendo las etapas de aplicación de la atención por áreas de derechos en relación con INGRESO, PERMANENCIA y EGRESO.⁴⁵

Téngase como ejemplo el siguiente instrumento, aplicable a la recolección de información en el derecho de supervivencia:

44 En el año 2007 República Dominicana ha finalizado el análisis del estado de implementación del sistema de protección de la niñez y Adolescencia que utilizó una metodología avanzada de estándares de derechos humanos para el comportamiento de la institución nacional de protección, y arrojó información estratégica para la planificación y acciones en los próximos años. La Oficina de UNICEF en este país brindó asistencia técnica para el diseño metodológico y ejecución del referido análisis organizacional.

45 Unicef República Dominicana, conjuntamente con el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, ha realizado recientemente una exhaustiva evaluación cuantitativa y cualitativa que, entre otros aspectos, comprende la que se indica.

Programa: _____		GRUPOS ETAREOS		Fecha: _____	
SUPERVIVENCIA					
INGRESO	P*	PERMANENCIA	P*	PREPARACIÓN PARA EL EGRESO	P*
1. Evaluación de condiciones de salud general		1. Control médico periódico		1. Vinculación independiente del adolescente con los servicios médicos y nutricionales de la comunidad	
2. Entrevista con equipo interdisciplinario		2. Periodicidad de entrevistas interdisciplinarias*		2. Integración familiar para la convivencia y desarrollo personal del NNA	
3. Elaboración del Plan Individual en el Programa		3. Orientaciones para el desarrollo de una vida digna (consecución de vivienda, servicios básicos)		3. Aseguramiento de vida digna	
4. Evaluación de niveles nutricionales		4. Seguimiento a recomendaciones nutricionales		4. Comprensión de las causas estructurales de la situación de violación de derechos	
5. Diagnóstico odontológico		5. Control y atención odontológica		5. Preparación para el seguimiento	
6. Entrevista familiar		6. Orientación familiar para superación del conflicto social			
7. Diagnóstico familiar y/o Plan de integración familiar al programa		7. Participación de la familia en el programa			
8. Orientación individual sobre el o los derechos violados		8. Orientación individual sobre el o los derechos violados			
P* "PONDERACIÓN": No se ejecuta, (0), se ejecuta (1), Parcialmente (2), No se sabe o no se determina por los responsables del programa (3), No aplica al tipo de programa (4) *Se entiende por periodicidad un lapso no mayor de 30 días					

A esta evaluación le deben acompañar otros instrumentos de "observación descriptiva" que suponen la permanencia de los investigadores en el Programa o Centro durante un determinado tiempo, que deben tener como objetivo conocer de la forma más detallada posible, la información precisa de las Instituciones y programas previamente seleccionados como muestra de cada región en particular, y del país en general, a los fines de aproximarnos al estado real del cumplimiento de los derechos humanos en la aplicación de las medidas de protección, o de las penas a adolescentes en conflicto con la ley. La observación debe estar estructurada de tal forma que se facilite el cometido tanto a los recolectores o recolectoras de la información, como a los responsables del programa, o las personas que reciban a aquellos. Esta observación directa debe apreciar cualitativamente, al menos: a) Las Áreas Generales de Atención, b) Áreas Particulares de Atención, c) Observación descriptiva: Tipo, proporción y condiciones de las instalaciones, y d) Dotación personal (por niña, niño o adolescente). Tratándose de un método de observación directa, son los aspectos de la revisión del programa, de sus instalaciones físicas, de las áreas de ejecución de los servicios (por ejemplo, cocinas, sanitarios, dormitorios, salones de clases, patios recreativos o deportivos, salas culturales, bibliotecas, entre otros), además de la documentación que se requiera de los responsables del programa e inclusive de la conversación directa con los y las adolescentes; los que determinarán con mayor exactitud la información que compruebe las condiciones reales en el programa o entidad que se trate.

- Pasar de sistemas focales de atención y protección a sistemas integrales de protección:** ello significa que debe incluirse (dónde la ley no lo haya previsto), normas de integración de los sistemas de protección a la toma de decisiones en políticas públicas nacionales, provinciales, departamentales o estatales, y locales (municipales, parroquiales). Este aspecto resulta relevante para la consolidación real de las instancias de protección, de tal forma que no sólo se destinen al control de la política pública, sino a la toma de decisiones y el rumbo de éstas en términos de equidad e inclusión social de la niñez.

4. **Vinculado a lo anterior se precisa de la inserción de la protección de la niñez y adolescencia en el sistema público de los servicios sociales**, en el marco de las políticas de equidad y en especial en todas aquellas dirigidas a proteger la permanencia y/o inclusión familiar, la rehabilitación de los que son víctimas de explotación, abuso, violencia, discriminación, conflictos armados y exclusión escolar.
5. **Análisis particular de las políticas públicas dirigidas a las familias**, con el objeto de determinar la mayor o menor incidencia que tienen en los factores determinantes de las condiciones de desagregación familiar, tales como educación, empleo, vivienda, acceso a servicios sociales, en particular la seguridad social, salud y, agua potable, entre otros. En este mismo marco, analizar la participación de los sistemas de protección y de las familias en los niveles locales y comunitarios para la determinación y ejecución participativa de estas políticas.
6. **Difundir y luchar por la inclusión de los órganos deliberativos de protección a la niñez y adolescencia** (por ejemplo los Consejos de Niñez en Venezuela, Ecuador, República Dominicana, etc), como parte integrante de las propuestas y deliberaciones presupuestarias de los parlamentos u órganos legislativos.
7. **Revisión de las responsabilidades de las políticas judiciales en materia de protección de derechos a niños, niñas y adolescentes** en general, y en materia de diseño y ejecución de políticas y programas dirigidos a adolescentes en conflicto con la ley penal, de tal suerte que integren al sistema de protección en el diseño y control de éstos.
8. **Revisión de las normas y métodos de rendición de cuentas de los órganos ejecutivos** del sector público (ministerios, secretarías, Alcaldías), para iniciar un proceso de inclusión de la rendición pública de cuentas en materia de niñez y adolescencia, en donde no exista.
9. **Revisión particular de las políticas intersectoriales** de Educación, Salud, Desarrollo Social y Familia, con atención de las medidas de efectividad contenidas en la CDN y en la LEPINA, y a la participación social en su diseño y control.

En definitiva, el Principio de Prioridad absoluta previsto en la LEPINA compromete a un grupo sistemático y permanente de acciones que deben incorporarse a la función del Estado salvadoreño, lo que impone desde la entrada en vigencia de la Ley un esfuerzo conjunto de los poderes públicos para la implementación de estas acciones. Las que acá se indican, son sólo a título enunciativo, pero sin duda constituirían un mínimo deseable para la materialización del principio que comentamos, con miras a la consolidación de estándares institucionales adecuados a las exigencias imperativas en el nuevo ordenamiento jurídico-social de satisfacción de derechos a la población de niñas, niños y adolescentes en el país.

PRINCIPIOS RECTORES

Artículo 15.- Naturaleza de los derechos y garantías

Todos los derechos de las niñas, niños y adolescentes reconocidos en la Constitución de la República, Tratados Internacionales vigentes en El Salvador en la materia objeto de esta Ley y los contenidos en la presente Ley son irrenunciables, inalienables, indelegables, intransigibles, indivisibles e interdependientes.

En la introducción a este Capítulo brevemente indicamos que la inclusión de la naturaleza de los derechos y garantías por razones de hermenéutica jurídica y de profundidad doctrinaria, contiene expresiones que califican de forma restringida las propiedades de los derechos y garantías de las niñas, los niños y las y los adolescentes.

En efecto, además de irrenunciables, inalienables, indelegables, intransigibles, indivisibles e interdependientes, como la LEPINA caracteriza los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes por su naturaleza, éstos son Universales, inviolables, imprescriptibles, de orden público y progresivos. No obstante, la ausencia taxativa de estos caracteres que definen la naturaleza de los derechos, es subsanada por el encabezamiento de la propia norma cuando los refiere directamente a los contenidos en la Constitución de la República y a los Tratados Internacionales en la materia. En una visión extensiva, como hemos explicado en esta obra, los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes están integrados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y, por tanto, le son aplicables los principios de todo tratado internacional en materia de derechos humanos, más los particulares sobre derechos de los niños.

Hecha la advertencia anterior, veamos brevemente cada uno de estos caracteres sobre la naturaleza de los derechos humanos de la niñez y adolescencia:

1. **Irrenunciables**, en razón que ningún niño, niña o adolescente, y menos los terceros, aún prevalidos de la condición de ejercicio de la autoridad parental, pueden decidir dejar sin efecto los derechos que son reconocidos universal y nacionalmente a niños, niñas y adolescentes. La titularidad de los derechos se adhiere per se al ser humano, independientemente de su ejercicio o no en un momento determinado, es decir, la falta de ejercicio, o el incumplimiento, no debe tenérseles como una renuncia a los mismos, pues son subjetivamente parte del ser humano, sin que renuncia alguna tenga efecto. El tenedor legítimo de los derechos humanos (niña, niño o adolescente), lo es siempre, sin necesidad de contraprestación de su parte, y sin que la falta de materialización objetiva presuma la renuncia a estos. Así, por ejemplo, la renuncia expresa o tácita a la atención en un servicio de salud, nunca debe tenérsele como válida, más aún, en casos en los que por motivos religiosos o de sectas creyentes, existiere la negación del titular del derecho a la atención médica, es deber del Estado a través de los servidores públicos, materializar el derecho, aún en contra de la voluntad del tenedor legítimo.
2. **Inalienables**, que hace referencia a la noción del carácter intransferible de los derechos, y en tal razón no son objeto del mercado, como no lo son de acuerdos civiles, mercantiles o de otra índole que permitan ser cedidos, enajenados, gravados o transferidos por alguna relación entre partes. Por tanto, ningún niño, niña o adolescente puede ceder válidamente (verbigracia por un contrato civil), ni tampoco un tercero, el derecho a la educación, o a recibir auxilio en situaciones de emergencia, o el derecho a la nutrición adecuada, ni a ningún otro derecho humano.
3. **Indelegables**, por cuanto no es posible, aún sin que medie contrato o contraprestación alguna, delegar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para que su ejercicio se haga en nombre y titularidad de otra persona.
4. **Intransigibles**, en razón de que no son disponibles, sobre su cumplimiento no se puede llegar a acuerdos entre el obligado y el titular del derecho. Este carácter de la naturaleza de los derechos es tratada en otras legislaciones y en el derecho internacional de los Derechos

Humanos con la denominación de “indisponibles” para dar razón de la prohibición de arribar a conciliaciones o formulas de solución mediada de los derechos humanos. Su cumplimiento, en definitiva, debe darse de la forma, con las condiciones y los efectos en que se encuentran estatuidos, sobre ellos no se puede disponer otras formas de cumplimientos, por ejemplo, parciales o inacabados.

5. **Indivisibles**, Ningún derecho humano, considerado particularmente admite segmentación o fraccionamiento alguno, puesto que se harían inmaterializables, por no decir impracticables, variando sustancialmente el propósito que persigue, o desmeritando la función que persigue el derecho en particular. Por ejemplo, ¿cómo dividir el acceso a la educación Parvularia en su acepción de Derecho Humano? Podría permitirse un “medio acceso” que se caracterice por recibir parte de los componentes de este sistema educativo en este nivel? Otro ejemplo, sería el de la pretendida división del derecho a la nutrición adecuada, con los elementos proteínicos, calorías y vitaminas esenciales en la etapa del desarrollo de los primeros meses de vida.
6. **Interdependientes**, por cuanto son integrales, los derechos humanos forman un conjunto que les vincula unos a otros, sin que sea posible jerarquizarlos entre cuáles tienen mayor o menor importancia. Al complementarse entre sí, es imprescindible que se garanticen unos y al tiempo se garanticen otros. De esa manera, la integralidad cumple una función de permanencia holística de los derechos humanos, en las que también la violación o amenaza, o menoscabo de un solo derecho, significaría una cadena de violaciones a otros derechos. Téngase como ejemplo el caso de la violación del derecho al Registro Civil de Nacimientos como parte integrada al Derecho a la Identidad, pues al dejar de inscribir al recién nacido en el registro Civil se imposibilita el ejercicio de múltiples derechos sociales, económicos, culturales, de supervivencia, desarrollo y participación, tales como el acceso a la educación, a servicios de salud, a becas asistenciales o complementarias, a la seguridad social, al desarrollo de la personalidad jurídica, a la nacionalidad, entre otros.

Además de estos caracteres esenciales a la naturaleza de los derechos, brevemente también nos referiremos a los que creemos deben considerarse siempre en cualquier situación que involucre positiva o negativamente los derechos de la niñez y adolescencia:

1. **Universales**, Carácter este indisolublemente fusionado al principio de Igualdad y no discriminación, pues los Derechos humanos son y perteneces a todas y todos, en particular en el marco de la LEPINA, a todas y todos los niños y adolescentes, sin distinción de ninguna naturaleza ni por condición alguna. El carácter universal a su vez contiene el elemento de obligatoriedad en su cumplimiento, es decir, la naturaleza imperativa e impositiva de cumplimiento para los obligados a la prestación positiva o negativa que haga posible la efectividad de los derechos.
2. **Inviolables**, Porque ninguna autoridad, persona pública o privada, puede infringirlos, y aunque lo hiciere, deben existir mecanismos de restitución para el titular o titulares de los derechos que han sido vulnerados, y las sanciones correspondientes a quienes incurran en tales violaciones. Hoy día, en función de este carácter de inviolabilidad, muchas legislaciones internas de los países han positivado delitos tipos de violación de derechos humanos. En el foro internacional, además, cada día es creciente el interés en las sanciones penales por los delitos de lesa humanidad contra los derechos humanos, tales como el genocidio.

3. **Imprescriptibles**, La titularidad, ejercicio y goce efectivo de los Derechos Humanos no se pierden por el transcurso del tiempo. De esa forma, las niñas, niños y adolescentes son titulares de sus derechos humanos, independientemente de las circunstancias en que se encuentren, y al cumplir la mayoría de edad, seguirán teniendo derechos humanos en su condición ya de jóvenes o adultos.
4. **De orden público**, puesto que no son relajables por los particulares, ya que en ellos está interesado el orden público y por ende son un asunto de Estado, en cuya efectividad está interesada la sociedad toda.
5. **Progresivos**. El ámbito de protección y el catálogo de derechos humanos no se agotan con aquellos que se encuentran solamente positivados en leyes nacionales o reconocidas en el ámbito internacional, pues siempre tendrán el carácter evolutivo, creciente y de formulación de mayores contenidos. La evolución de las sociedades, su historia, las condiciones naturales y en general, las nuevas realidades tienen en el carácter de progresividad de los Derechos Humanos la posibilidad de un permanente y creciente desarrollo. Igualmente el carácter progresivo permite que los derechos ya reconocidos no deban involucionar o negarse luego de positivados, pues su reformulación siempre será para perfeccionarles, nunca para retrotraerles.

Capítulo V

LOS DERECHOS DE SUPERVIVENCIA

I. Introducción a los capítulos subsiguientes

La LEPINA, coherente con la Doctrina de Protección Integral, a partir del Título I y hasta el Título V del Libro Primero, ha utilizado el enfoque de derechos que deviene de la clasificación de los Grupos de Derechos de Supervivencia, Desarrollo, Participación y Protección, para finalmente tratar los Deberes de las Niñas, Niños y Adolescentes. Esta estructura modular en Títulos y Capítulos, permite la organización por derechos que se integran en cada una de las categorías. Así, por ejemplo, en Supervivencia los derechos a la Vida, a la Salud, a la Seguridad Social, al Medio ambiente, entre otros.

Debemos preliminarmente, hacer dos advertencias en la estructura que organiza la LEPINA en los subsiguientes Títulos.

- a. Es evidente que se trata de un catálogo de derechos, por lo que su carácter enunciativo y el desarrollo que de cada uno de ellos se produce en cada norma, no agota de forma alguna la incorporación de otros derechos reconocidos en la Constitución de la República, en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en general, y en los Convenios y resoluciones de la materia en particular. Así, cuando el usuario de la LEPINA, sus operadores institucionales, en lo judicial o administrativo, los y las propias niñas y adolescentes, no consigan de forma expresa un derecho determinado en uno cualquiera de los títulos o categorías utilizados por la LEPINA, la naturaleza supranacional de los Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes que consagra el artículo 1 de la propia ley, les remitirá al concierto de normas del Derecho Público Internacional. Esta advertencia resulta orientadora para los administradores de justicia, pues no basta con remitirse a la sola LEPINA para la resolución de un caso determinado que eventualmente su enunciación pudiese no estar prevista como “derecho” en la ley misma, circunstancia ante la cual, además del carácter supranacional de los Derechos que ya hemos explicado, debe atenderse a los principios del Interés Superior del Niño y la progresividad de los derechos humanos. En tal eventualidad, bajo la justificación de que el derecho en particular que se pudiese estar alegando como violado o menoscabado no se encuentra en el catálogo de la LEPINA, no se justifica de manera alguna la falta de remisión a las herramientas contenidas en el derecho internacional, con especial atención en la Convención sobre los Derechos del Niño y sus protocolos facultativos adicionales.
- b. En el Capítulo II de esta Obra al hacer la delimitación de las categorías de derechos (véase el punto III de aquél Capítulo), hemos elaborado un concepto de Protección Integral que incorpora las cuatro categorías de derechos, en donde dejamos asentado que dogmáticamente, la trilogía Supervivencia, Desarrollo y participación reconoce condiciones subjetivas de derecho a todos los niños y niñas (Ejemplo, la vida, la familia, la educación, la nutrición, etc.) que en el deber ser existen de pleno derecho; mientras que en el derecho de protección especial se trata de la presencia de diversas situaciones objetivas y de hecho que perjudican el goce y disfrute real de determinados derechos por parte de un niño o niña en una situación concreta (sean de Supervivencia, desarrollo o participación, o de unos y otros). Por ello afirmamos que estos últimos son formulaciones plurales de derechos subjetivos (por ejemplo, todos los niños tienen derecho a la vida), mientras que la protección especial es una formulación singular de hecho o de diversos hechos que determinan un solo derecho, cual es el de estar protegido eficazmente contra estas situaciones, procurar y atender su inmediata

restitución al nivel de goce efectivo del derecho violentado. La LEPINA en el Título II del Libro Primero, desde los artículos 37 al 71, ambos inclusive, bajo la denominación de “Derecho de Protección”, incorpora una gama de situaciones que van desde los traslados y retención ilícita, acceso a la justicia, abuso y explotación sexual (Capítulo I del Título II); hasta la Protección de la Persona Adolescente Trabajadora. Se denota obviamente que todas estas son situaciones de Protección Especial y no simplemente de “protección”, pues el resto de los Títulos destinados a la Supervivencia, Desarrollo y Participación, forman también parte de la Protección Integral, y precisamente a ello se debe el nombre de LEPINA (Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia). Por tanto, debemos advertir que la Protección del Título II del Libro Primero de la Ley abarca situaciones de “Protección Especial” que en el conjunto de la normativa que la componen instituyen la “Protección Integral” de la Niñez y Adolescencia. Resulta claro así que la LEPINA debió referirse en este Título que comentamos al “Derecho de Protección Especial”, y no al “Derecho de Protección”, cual es el propósito, sentido y razón del mismo, como se desprende de todo el contexto de la Ley, y del contenido de las Disposiciones que abarca el título en cuestión. Creemos necesaria esta indicación, para que en la práctica no se confundan las acciones y disposiciones de los distintos poderes dirigidos a la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes, pretendiéndose sólo dirigir la atención a las situaciones de “protección”, creyendo con ello satisfecha la “protección Integral”. Al tiempo, consideramos que la advertencia hecha permite comprender que la Protección especial contenida en la LEPINA siendo parte de la protección integral, delimita las funciones de aquellos órganos que como las Juntas de Protección y los Tribunales se encargan de la protección individualmente considerada. También esta consideración permite entender que, como en el punto anterior lo indicamos, otras situaciones de Protección Especial pueden configurarse en la cotidianidad de las y los niños, y adolescentes, pero el hecho de que no estén comprendidas en los dos capítulos que forman el Título II del Libro Primero, no significa de forma alguna que éstas no deban ser “protegidas” a través de los mecanismos de restitución de Derechos que en cada caso prevé la ley, ya en los casos individualmente considerados (Medidas de Protección del artículo 119 al 123), ya en las medidas judiciales – que también lo son de protección las de Acogimiento Familiar y Acogimiento Institucional- de los artículo 124 al 130, o ya en la Acción de Protección para Derechos colectivos y difusos (Artículo 227). Nótese que para la definición de unas y otras (medidas de protección y acción de protección), la inteligencia legislativa refiere en plural y genéricas las violaciones en cada caso. Por tal razón, no debe incurrirse en el error de limitar o restringir una u otra forma de protección, con la “justificación” de la inexistencia expresa de la “situación casuística” en el título del “Derecho a la Protección”.

II. La Supervivencia, la vida y el nivel de vida digno

a. Comprensión conceptual y naturaleza jurídico-social

Los derechos de Supervivencia (sin desmedro del principio de interdependencia y universalidad de los Derechos Humanos, que hemos explicado suficientemente), fundan una dimensión sustancial en la vida del ser humano, puesto que se ocupan de lo esencialmente ontológico de la persona, no en un sentido meramente filosófico, sino trascendental en las condiciones y calidad de vida del ser humano, en cuanto a individuo, en cuanto a colectivo social.

En esta inferencia conceptual, los derechos de supervivencia para las niñas, niños y adolescentes ocupan y alcanzan un status para la vida misma, su preservación en condiciones de dignidad y humanidad, no constreñidos a simples derechos de naturaleza jurídica, es decir, no restringidos a la normativa legal, verbalizada en la norma jurídica, sino extendidos a las condiciones sociales fundamentales en la vida, desde su concepción hasta su desarrollo integral.

Por ello, el grupo de derechos de supervivencia son de expectativa y progresión social. No están destinados estos derechos exclusivamente a vivir la vida, sino a vivirla en condiciones de plenitud, dignidad, humanidad, igualdad y equidad; lo que impone que en la medida en que son más severas y pronunciadas las condiciones adversas, las estructurales de desigualdades sociales y económicas generales, y las de discriminación y marginalidad particulares en las familias, mayor atención se debe prestar a las políticas públicas de supervivencia.

Justamente, la naturaleza jurídico-social de los derechos de supervivencia están dirigidos a obligaciones particulares del Estado, con mayor acento que a las obligaciones de otros sectores de la sociedad, inclusive de la familia; por lo que harto hemos repetido en esta obra: Las familias sin el apoyo sustancial del Estado en la superación de las causas estructurales de las desigualdades e injusticias sociales, no puede ser responsable de abiertas situaciones de atentados contra los derechos de supervivencia básicos, tales como serían las situaciones de desempleo, subempleo, distribución y redistribución inequitativa de la riqueza,

b. La vida física y la vida digna

Existe una estrecha relación interdependiente entre las categorías de Supervivencia y Desarrollo, ocupando ambas una dimensión estratégica para la dignidad humana y la protección integral de la niñez y adolescencia, en donde unos y otros derechos se conjugan de manera coadyuvante en el objetivo holístico, en donde se suman la vida, la vida digna, la familia, la salud, educación, cultura, recreación, medio ambiente, entre otros, para configurar el desarrollo físico, mental, socio-económico y cultural apropiado en la formación progresiva de la ciudadanía de niñas, niños y adolescentes en condiciones de justicia social.

En este sentido, aparece indubitable la comprensión conceptual que se desprende de la Convención sobre los Derechos del Niño, acerca de los Derechos de Supervivencia y Desarrollo. Así, el artículo 27, numeral 2do. de la CDN establece que los padres tienen la responsabilidad primordial de proporcionarle a los hijos, dentro de sus posibilidades económicas, las condiciones necesarias para su desarrollo, como también prescribe en su norma 27, numeral 3ro. la 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 en su artículo 4, al declarar la obligación de dar efectividad a los derechos de los niños, por cuantas medidas sean apropiadas, y también debe interpretarse de acuerdo

al artículo 6.2 de la Convención en la que el Estado asume la obligación de garantizar los derechos de supervivencia y desarrollo de los niños.

Téngase claro, entonces, que la Supervivencia no está dirigida a la vida en sentido físico exclusivamente que, como sabemos, constituye un derecho humano reconocido, sino que trasciende esta acepción biológica para erigirse en un carácter amplio de la vida con dignidad, esto es, en condiciones familiares, sociales, económicas, culturales, ambientales y de salud integrales. Vivir nunca será igual a vivir dignamente. Proteger la vida física de las niñas, niños y adolescentes es ya un deber del Estado, las familias y la sociedad que impone obligaciones de hacer, y también limitaciones o prohibiciones (obligaciones de no hacer), como hemos explicado en este documento. Vivir dignamente, en las condiciones adecuadas para el desarrollo integral, impone mucho más que respetar la vida física, puesto que abarca las condiciones nutricionales y/o alimentarias, las de vivienda segura, cómoda e higiénica, las de salud preventiva y asistencial, las de seguridad social cónsonas con las condiciones familiares, y en fin, todas aquellas que garanticen, a través de las políticas sustanciales del Estado, las mejores condiciones para la dignidad de las familias, las niñas, niños y adolescentes.

II. Título I. “Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral”

El Título I del Libro Primero de la LEPINA, contiene dos Capítulos, el primero dirigido a desarrollar el Derecho a la vida, y el segundo a los derechos a la Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente.

La estructura de este Título I comprende los siguientes aspectos:

Capítulo I El Derecho a la vida

- Artículo 16.** Derecho a la Vida
- Artículo 17.** Derecho a la protección de las personas por nacer
- Artículo 18.** Medidas para la salvaguarda del derecho a la vida
- Artículo 19.** Prohibición de experimentación y prácticas que atenten contra la vida
- Artículo 20.** Derecho a un nivel de vida digno y adecuado

Capítulo II

Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

- Artículo 21.** Derecho a la Salud
- Artículo 22.** Gratuidad del servicio de atención médica
- Artículo 23.** Obligación de atención médica de emergencia para la niña, adolescente o mujer embarazada
- Artículo 25.** Obligaciones del Sistema Nacional de Salud.
- Artículo 26.** Responsabilidades de la familia frente al derecho a la salud
- Artículo 27.** Responsabilidades de la sociedad frente al derecho a la salud
- Artículo 28.** Derecho a la lactancia materna
- Artículo 29.** Promoción de la salud de la niñez y adolescencia
- Artículo 30.** Salud primaria y familiar
- Artículo 31.** Salud mental
- Artículo 32.** Salud sexual y reproductiva
- Artículo 33.** Prohibición de venta o distribución de material o sustancias que puedan generar daño a la salud mental y física
- Artículo 34.** Derecho a la seguridad social
- Artículo 35.** Derecho a un medio ambiente sano
- Artículo 36.** Niñas, niños y adolescentes con discapacidad

3.1 Relación normativa y con otras disposiciones de la Ley

En términos generales no cabe duda que se desprende de este Título I y en particular en la amplitud del derecho a la vida, una comprensión integral de este que compromete y crea obligaciones sustanciales, como detallaremos en lo adelante, las cuales bien vale desde ya relacionar con el conjunto de otras disposiciones de la LEPINA, y especialmente aquellas dirigidas a las funciones y competencias de órganos del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

En efecto, si bien es cierto que el objetivo del Sistema Nacional de Protección prescrito en el artículo 103 de la Ley está dirigido a la garantía de todos los derechos para todas y todos los niños y adolescentes; cuando se define la Política Nacional de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia y en particular en el literal “a” del artículo 111, se es específico en las políticas de Supervivencia y Desarrollo, cuando estatuye que:

“ Artículo 111: La PNPNA deberá proponer las directrices que sean útiles para la protección de la niñez y la adolescencia, así también deberá desarrollar y armonizar las políticas y planes generales del Estado en relación con dichas directrices. Para tales efectos, deberá considerar los siguientes tipos de políticas públicas:

- a) Sociales básicas, que comprenden las condiciones mínimas y universales que garanticen el desarrollo de toda la población y en particular de la niñez y adolescencia, como son las relativas a la salud, la educación, la vivienda, la seguridad social y el empleo;”**

Es verdad que no es esta la única relación normativa de los Derechos a la Supervivencia con el conjunto de la Ley, pero ciertamente la Política de Protección constituye un eje vertebral para la garantía de los derechos adminiculados a la Supervivencia y al Desarrollo de la niñez y Adolescencia, de forma universal. Así, como se desprende claramente del articulado 16 al 20, se prescriben claras obligaciones que, sin duda, deberán ser objeto de las acciones a formular en las directrices de la Política Nacional de Protección Integral.

Esta será una característica que prima en la mayoría de las normas de los subsiguientes capítulos y títulos de la LEPINA, que acá se quiere destacar para que no quepa duda que algunas generalidades utilizadas en las normas, comprometen al desarrollo de políticas precisas, tales como “El Estado deberá crear políticas públicas y programas para la adecuada cobertura y atención prenatal, perinatal, neonatal y posnatal, así como realizar intervenciones que permitan reducir la morbilidad y mortalidad materno infantil y de la niñez”, o “El Estado debe garantizar este derecho mediante el desarrollo de las políticas públicas y programas que sean necesarios para asegurar la salud integral de la niñez y adolescencia”.

IV. Capítulo I: Derecho a la Vida. Consideraciones y Análisis

Veamos de forma particular cada uno de los artículos dirigidos a la consagración y desarrollo del propósito ideológico del derecho a la vida en el Capítulo I del Título I del Libro Primero de la LEPINA.

Título I Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral Capítulo I Derecho a la Vida

Artículo 16.- Derecho a la vida

Se reconoce el derecho a la vida desde el instante de la concepción. La familia, el Estado y la sociedad tienen la obligación de asegurar a la niña, niño y adolescente su supervivencia, crecimiento óptimo y desarrollo integral en los ámbitos físico, mental, espiritual, psicológico y social en una forma compatible con la dignidad humana.

El Estado deberá crear políticas públicas y programas para la adecuada cobertura y atención prenatal, perinatal, neonatal y posnatal, así como realizar intervenciones que permitan reducir la morbilidad y mortalidad materno infantil y de la niñez.

Toda persona tiene derecho a nacer en condiciones familiares, ambientales y de cualquier otra índole, que le permitan obtener su completo y normal desarrollo bio-psico-social.

Abundando en la previsión legal que ya expresó en los artículos 3 y 5, al insistir en el reconocimiento de derechos "...desde el instante de la concepción...", en esta oportunidad referido en particular al derecho a la vida; la LEPINA reitera tal reconocimiento, lo que sin duda luce redundante, aunque parezca necesario, pues ya es sabido en la intención y objeto del legislador que parte de la premisa de considerar la vida, y por tanto, persona humana, desde la fecundación del ovulo. Esta primera frase que encabeza el artículo 16, ratifica entonces tal pensamiento y propósito legislativo, el cual hemos ampliado en la oportunidad respectiva.

Debemos anotar, sin embargo, que tal reiteración legal persigue acá el objeto particular de proteger la vida física en su sentido más estricto, por lo que la expresión **"Se reconoce el derecho a la vida desde el instante de la concepción."** Lleva consigo el propósito que no quepa duda acerca del resguardo a la persona humana desde el vientre materno. Más adelante, la propia Ley se encargará de desarrollar las obligaciones en tal sentido.

Tres previsiones de profundo alcance le siguen a la primera frase comentada:

a. Obligación compartida de la Familia, el Estado y la Sociedad (en la forma y con los roles particulares que hemos analizado en esta misma obra), de asegurar a la niña, niño y adolescente su supervivencia, crecimiento óptimo y desarrollo integral en los ámbitos físico, mental, espiritual, psicológico y social en una forma compatible con la dignidad humana. Algunas consideraciones son necesarias al respecto:

i. En primer orden indicar la importancia que da este inciso al principio de corresponsabilidad, que acá lo preceptúa de forma general, pero que debe ser interpretado en la forma en que la propia Ley asigna tales obligaciones en todos los títulos en que se desarrollan los derechos y garantías, y en particular a la distribución de roles en el artículo 13, así a la Familia el rol de la **".....responsabilidad directa del padre, la madre, la familia ampliada y el representante o responsable, según corresponda por participar en el ambiente natural e idóneo en el cual se favorece el desarrollo de la personalidad de las niñas, niños y adolescentes...."**, mientras que al Estado **"....la obligación indeclinable e ineludible mediante políticas, planes, programas y acciones de crear las condiciones para que la familia pueda desempeñar su rol de manera adecuada....."** y finalmente a la sociedad que está obligada a **"....participar activa y continuamente en la garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, velará para que cada una de las obligaciones expresadas en esta Ley sea efectivamente cumplida..."**

ii. En segundo lugar, la Supervivencia y desarrollo integral comprende los ámbitos indicados en el inciso que estamos comentando, pero no se limita a ellos. Es decir, que garantizar la supervivencia, crecimiento óptimo (entendiendo que este crecimiento tiene relación de especie a género y de efecto a causa con el desarrollo integral), comprende todas las áreas de desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, por lo que el legislador integró en una sola frase la interrelación existente entre los grupos de Supervivencia y Desarrollo, siendo así coherente con la Convención sobre los Derechos del Niño que insiste que la Supervivencia y el Desarrollo, como partes integrantes del derecho a la Vida digna, son un conjunto indisoluble e interdependiente. De allí que la Supervivencia y el Desarrollo Integral comprende los ámbitos indicados en la norma (físico, mental, espiritual, psicológico y social), pero además todos los indispensables para el Desarrollo Integral, entre otros los ámbitos cultural, artístico,

económicos, etc.

- iii. Por todo lo antes expresado, pareciera que en la forma en que se redactó este artículo existen abiertas confusiones entre Supervivencia y Desarrollo, que en una descuidada y poco profunda lectura podría dar lugar a equívocos restrictivos de los ámbitos para el Desarrollo integral de la niñez y adolescencia que, por supuesto, no se corresponderían con el propósito y la motivación de estos grupos de derechos. Se recomienda interpretar este primer inciso del artículo 16 de forma amplia, tal como es el espíritu normativo de los artículos 27 y 6 de la CDN que dan nacimiento a este desarrollo legislativo.

b. Obligación de creación y ejecución de Políticas Públicas y Programas por parte del Estado

para la garantía del derecho a la vida, las cuales resume primariamente la LEPINA en las que sean propicias y adecuadas en cobertura y atención prenatal, perinatal, neonatal y postnatal, y en aquellas “intervenciones” dirigidas a reducir la morbilidad y mortalidad materno infantil y de la niñez. Como se aprecia, en primer lugar, el deber de creación de políticas públicas y programas en las esferas indicadas por la norma debe ser acorde con el proceso lógico y el enfoque de responsabilidad de gestión, pues no basta con “crear” que es el verbo utilizado por la norma, sino el de ejecutarlas, dar seguimiento y evaluarlas, como si bien lo expresa el encabezamiento del artículo 12 referido al principio del Interés Superior de las niñas, niños y adolescentes, pues la sola creación de estas acciones de políticas y programas no garantizan el cumplimiento de los derechos a ésta población. Se trata justamente de un estricto seguimiento y control en su ejecución, lo que permitirá evaluar el impacto en la satisfacción de los derechos humanos, y en este caso, en el derecho a la vida. Por otro lado, se destaca sin duda que estas políticas y programas están dirigidos a la niñez, desde su concepción, como expreso lo contempla la norma, pero además por razón de lo que se desprende lógicamente del tipo de políticas enumeradas (desde la atención prenatal hasta la postnatal) y las intervenciones en morbilidad y mortalidad materno-infantil; otras intervenciones de atención y políticas generales para resguardar la vida de las y los adolescentes se harán necesarias, tales como la prevención del tabaquismo, el alcohol y drogas, la educación y atención en salud sexual y reproductiva, que la LEPINA desarrolla en lo adelante.

- c. El derecho a las condiciones mínimas de dignidad humana en el nacimiento.** El inciso final del Derecho a la vida se encarga de especificar las condiciones de Desarrollo a las que se refirió en el primer inciso esta misma norma, pero ahora en la fase primaria de la infancia, cual es el momento del nacimiento. La amplitud de condiciones exigidas en el medio en que nace la niña o el niño, es de naturaleza amplísima cuando las califica no sólo en términos familiares y ambientales sino de “....cualquier otra índole....” Que le permitan obtener su completo y normal desarrollo bio-psico-social. ¿Qué significa entonces tener el derecho a las mejores condiciones de vida al momento del nacimiento. ? En esta última expresión no se debe perder de vista la perspectiva jurídica de los derechos humanos, atendiendo equivocadamente a condiciones “normales” de desarrollo biológico, psicológico y social, sino en la más amplia acepción de los derechos humanos, éstas deben ser condiciones de exigencia máxima en la garantía de la dignidad, lo que impone definitivamente el análisis de las condiciones de exclusión y/o discriminación que muchas veces son aceptadas como “normales”. La simple carencia del servicio de agua potable, por ejemplo, reúne una condición de desigualdad e injusticia social en el medio en que nacen y se desenvuelven miles de millones de niñas y niños. Por ello, en la perspectiva de derechos humanos, insistimos, estas condiciones requieren de la igualdad y equidad para asegurar el desenvolvimiento, libre de exclusiones.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo I
Derecho a la Vida

Artículo 17.- Derecho a la protección de las personas por nacer

La protección de las niñas o niños por nacer se ejercerá mediante la atención en salud y psicológica de la embarazada, desde el instante de la concepción hasta su nacimiento.

Con la finalidad de asegurar el derecho a la vida de las niñas y los niños, corresponde al Estado la atención gratuita de la mujer en las etapas prenatal, perinatal, neonatal y posnatal, para lo cual, en dichas etapas, se prestarán los servicios y tratamientos médicos especializados, dotación de medicamentos, consejería nutricional y apoyo alimentario para la madre y la hija o el hijo que se encuentren en condiciones especiales de salud o de pobreza.

Comprende esta norma las directrices mínimas a través de las cuales el Estado Salvadoreño se propone desarrollar el principio de protección a la vida desde el momento de la concepción que ya ha prescrito en los artículos 3, 5 y 16 de la LEPINA.

Como se observa diáfamanamente, la protección que estatuye el encabezamiento de la norma está dirigida al pre-nacimiento, es decir, desde el embarazo hasta el nacimiento. Un desliz legislativo se percibe, sin que tenga mayor importancia de fondo, consistente en la expresión "...mediante la atención en salud y psicológica...", puesto que una correcta definición de salud integra la atención psicológica, como lo ha expresado la Organización Mundial de la Salud –OMS-⁴⁶ y al margen de las controversias doctrinarias por tal definición "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Esta primera parte de la norma, da fundamental importancia a la atención prenatal, que apunta al seguimiento y prevención de enfermedades durante el embarazo, las condiciones particulares de la madre y el desarrollo del niño o niña en el vientre materno, entre otros aspectos, pero no debe perder de vista la educación y promoción de este tipo de atención, pues la práctica de muchos países ha logrado demostrar que a la par de la oferta de servicios de calidad para la atención prenatal, la adecuada promoción de estos servicios, su importancia, la educación de madres y padres, las estrategias desde la primera escolaridad básica para formar a las y los niños, y a adolescentes en la relevancia de la atención prenatal; son los factores que incluidos en las políticas de salud, logran disminuir la mortalidad prenatal y neonatal.

Resulta en tal sentido complementaria y absolutamente adecuada la disposición final de este artículo 17 de la LEPINA que además de garantizar la atención gratuita de la madre y el niño o niña en todas las etapas prenatal, perinatal, neonatal y posnatal, destaca los servicios médicos y tratamientos especializados, la consejería nutricional y apoyo alimentario a la madre, hijas e hijos en situación de pobreza.

46 <http://www.who.int/es/>

Para el Órgano Judicial, y en particular para las Juntas de Protección de la Niñez y Adolescencia, resultará siempre necesario conocer y profundizar las obligaciones que se desprenden de la norma que comentamos, en razón de la relevancia que siempre tiene en la práctica la determinación de medidas especiales de protección a madres embarazadas, o a niñas y niños recién nacidos, elaborando y dirigiendo los mandatos administrativos o judiciales, según sea el caso, para la inclusión de ellas y ellos en los programas de atención prenatal, perinatal, posnatal o de otra índole necesarios en el aseguramiento de este derecho.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo I
Derecho a la Vida

Artículo 18.- Medidas para la salvaguarda del derecho a la vida

Cuando una niña, un niño o adolescente deba ser tratado, intervenido quirúrgicamente u hospitalizado de emergencia por hallarse en peligro inminente de muerte o de sufrir daños irreparables en su salud física, se le prestará atención médica-quirúrgica en el centro público o privado de salud más cercano, para estabilizar al paciente y luego remitirlo al centro de atención correspondiente; la atención médica se brindará, debiendo el profesional médico proceder como la ciencia lo indique y comunicar luego el procedimiento seguido al padre, la madre, el representante o responsable.

Si la situación no es de emergencia, pero se pudieran derivar daños irreparables a la salud física del niño, niña o adolescente, el profesional médico solicitará al padre, la madre, representante o responsable la autorización para la hospitalización o intervención de la niña, niño o adolescente y en caso de ausencia u oposición de éstos, el profesional médico podrá solicitar la intervención del Procurador General de la República, quien deberá resolver en el plazo máximo de veinticuatro horas.

Similar a la disposición de la Ley venezolana en la materia (Artículo 48 de la Ley Orgánica de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes), así como el Código Ecuatoriano, entre otros, la LEPINA establece la obligatoriedad de la atención de salud para centros públicos o privados, cuando el niño, niña o adolescente deba ser tratado, intervenido quirúrgicamente u hospitalizado de emergencia por encontrarse en peligro inminente de muerte o de sufrir daños irreparables en su salud física.

En esta primera hipótesis se deben tener, a los efectos de la práctica de hospitales y/o clínicas, las siguientes consideraciones básicas, que se desprenden del sentido e interpretación de la norma:

- a. No es de dudar que en el caso de los hospitales o centros de salud pública, la obligación persiste siempre, trátase o no de una situación de emergencia, mientras que para las

instituciones privadas de salud, la obligación impera sólo en los casos antes descritos. Algunas implicaciones prácticas han surgido en países como la República Bolivariana de Venezuela ante la negativa de los Centros Privados de Salud, en donde los mecanismos de protección especializada de niñez y adolescencia (Consejos de Protección), se han visto precisados a dictar medidas preventivas administrativas de emergencia, ordenando la atención en los centros privados.

- b. Resulta apropiado que sea el médico, vista la situación de emergencia y/o la inminencia del riesgo para el derecho a la vida, quien decida y actúe como se indica científicamente, conforme a su pericia, conocimientos y destrezas o especialidad profesional, sin que deba preceder o prelar para ello el consentimiento de padre, madre o ambos, de representantes legales o responsables. Ello impone una obligación ética que la LEPINA convierte en imperativo legal, de estricto cumplimiento para el personal médico y la Institución, sea pública o privada. Su desconocimiento, es decir la negación a `prestar la atención médica en estos casos es sancionada como falta grave, a tenor de lo dispuesto en el literal “f” del artículo 202 de la LEPINA.
- c. La inminencia del peligro debe entenderse como una proximidad a perder la vida, en un sentido lógico y razonable, sin que sea necesaria una amenaza de gravedad fatal que convierta tal inminencia en irremediable. Por tanto, cuando se utiliza la expresión “peligro inminente de muerte” es evidente que no deben mediar comprobaciones profundas que dilaten la atención médica que se precisa.

En la segunda hipótesis de este artículo, tratándose de una situación que evaluada objetivamente pueda ser clasificada como de posibles daños irreparables para la salud del niño, niña o adolescente, pero sin que constituya una situación de emergencia, a diferencia de la primera hipótesis normativa, el médico solicitará (imperativo de “deber”), la autorización del padre, la madre, representantes o responsables, y en caso de ausencia u oposición de éstos, se podrá (potestativo), solicitar la intervención del Procurador General de la República quien deberá resolver la situación en el plazo de 24 horas. Nótese la combinación de verbos en la norma, cuando es imperativo al médico o cuerpo médico que se trate “solicitar” la autorización de padres o representantes, mientras que es potestativo someter a la consideración del Procurador General de la República, cuando no se encuentran a quienes hacer la solicitud (ausencia), o cuando hay negativa a autorizar la atención o intervención médica.

Por razones de proximidad y celeridad, muchas legislaciones de protección en la Región de América Latina y El Caribe, someten este tipo de situaciones directamente a las Juntas Locales, Comités o Consejos de Protección, que se encuentran en cada Municipio, antes que a un órgano centralizado o que por sus procedimientos institucionales y administrativos se les complejiza resolver situaciones de este tipo en lapso tan perentorio. Privó sin embargo, la especialidad de la Procuraduría General de la República en materia de Derechos Humanos, lejos de la especialidad de los órganos de protección de la niñez y adolescencia, como tanto ha insistido el Comité de Derechos del Niño de Ginebra en recomendar a los países. A ello sumamos que materias similares a estas la LEPINA somete a la consideración de las medidas de protección de las Juntas de Protección de derechos, como es el caso de la orden de tratamiento médico previsto en el particular “c” del artículo 120.

Al margen de esta consideración del órgano a quien compete resolver la situación en estos casos, importa determinar el carácter potestativo del equipo médico en someter la solución o autorización definitiva de la situación misma. No creemos que deba dejarse a la potestad médica si solicita o no tal autorización, pues ante ausencia o negativa, nada más adecuado que solicitar el pronunciamiento de un órgano con competencia en protección de Derechos Humanos para que supla tal deficiencia, impedimento o desaprobación, según sean los casos. En la práctica, seguramente constituirá un reto poder determinar la situación preventiva de atención médica en estas situaciones en el lapso de 24 horas previsto en la norma.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo I
Derecho a la Vida

Artículo 19.- Prohibición de experimentación y prácticas que atenten contra la vida

Se prohíbe cualquier tipo de actividad que atente contra la vida, dignidad o integridad física, psíquica o moral de las niñas, niños y adolescentes, tales como:

- a) Experimentación médica;
- b) Experimentación genética; y,
- c) Prácticas étnicas, culturales o sociales.

Cualquier persona que tenga conocimiento de la experimentación o prácticas a que hace referencia el inciso anterior, estará obligada a denunciarla conforme a la normativa penal.

Tres grandes prohibiciones expresas contiene la norma que antecede: dos de estas prohibiciones están dirigidas al mundo médico y científico (las prohibiciones médicas y genéticas), mientras que la última está referida a prácticas étnicas, culturales o sociales. Por tanto, las primeras son prohibiciones reducidas a un sector de la sociedad, aunque pueda involucrar a otros (padres, representantes o responsables que las autoricen, personas jurídicas privadas que comercien con estas experimentaciones, etc), y la segunda prohibición está dirigida a toda la sociedad. Otras prohibiciones se desprenden del encabezamiento del artículo, puesto que las tres indicadas lo son a título enunciativo, por lo que cualquier otra actividad que atente contra las cualidades y derechos indicados, quedan también prohibidas.

Sin entrar a considerar los valores o antivalores científicos que se expresan en experimentos de la medicina⁴⁷, la legislación especial de niñez y adolescencia de El Salvador se pronuncia acá enfáticamente, prohibiendo este tipo de experimentos o cualquiera similar que afecte los derechos a la vida, la integridad física, psíquica o moral de niñas, niños y adolescentes. Así, no deja lugar a excepciones en estos experimentos, sean médicos en general, o genéticos, en particular. No debe confundirse la experimentación prohibida con la aplicación de tratamientos de uso acreditado por las autoridades de Salud, aún cuando pueda inducir a la falta de comprobación de su inocuidad en algún aspecto físico, por ejemplo, siempre que constituyan tratamiento médico y no experimentos. Resulta así necesario delimitar ambos campos: el de tratamiento y atención médica y el de experimentos médicos. Un ejemplo obvio en tal sentido lo constituye el tratamiento de ciertas patologías cancerígenas que podrían afectar física o psicológicamente a las personas, pero no constituyen experimentos médicos, sino procedimientos o métodos generalmente admitidos por las autoridades de salud.

Respecto a la prohibición de las prácticas étnicas, culturales o sociales que afecten la dignidad y los derechos de la niñez y adolescencia, su variedad resulta muchas veces ilimitada. Violaciones o abusos sexuales en grupos culturales o étnicos son muchas veces “aceptados” por la valoración cultural y social que el grupo ha dado a las mismas; castigos corporales, explotación económica o sexual, discriminación particular de las niñas y las adolescentes frente a los derechos humanos y otra gama de prácticas que menoscaban y defenestran abiertamente los derechos humanos y en particular la integridad física, quedan prohibidos de forma terminante por esta disposición.

Se destaca la parte o inciso final de esta disposición que constituye una obligación de denuncia para toda persona que conozca de este tipo de prácticas, conforme a la legislación penal, por lo que es necesario atender, por ejemplo, a lo que dispone en tal sentido el artículo 20 del Código Penal que establece la **COMISIÓN DE DELITOS POR OMISIÓN** y en su primera parte establece que **“El que omite impedir un resultado, responderá como si lo hubiera producido, si tiene el deber jurídico de obrar y su omisión se considerará equivalente a la producción de dicho resultado...”** y debe considerarse además el delito tipo de **MANIPULACIÓN GENÉTICA** contemplado en el artículo 140 del mismo Código que preceptúa que **“... El que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulare genes humanos de manera que se altere el tipo constitucional vital, será sancionado con prisión de tres a seis años. En la misma pena incurrirá el que experimentare o manipulare clonación con células humanas, con fines de reproducción humana.**

La aplicación de la tecnología genética para determinar el sexo, sin consentimiento de los progenitores, será sancionada con prisión de seis meses a un año e inhabilitación especial de profesión u oficio de seis meses a dos años.”

47 Recordemos la argumentación utilizada en la “clonación”, con el primer experimento, o al menos el primero conocido, de la oveja “Dolly”, en la cual se ha afirmado que la experimentación con células embrionarias es válida debido a que “el embrión no es una persona humana, sino la potencialidad de una vida, y que el embrión sólo se convierte en persona cuando entra en funcionamiento el sistema nervioso.”

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo I
Derecho a la Vida

Artículo 20.- Derecho a un nivel de vida digno y adecuado

Todas las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho de gozar de un nivel de vida adecuado en condiciones de dignidad y goce de sus derechos. El derecho a un nivel de vida digno y adecuado es esencial para un desarrollo integral desde la concepción.

Este derecho comprende:

- a) Alimentación nutritiva y balanceada bajo los requerimientos y normativas que las autoridades de salud establezcan;
- b) Vivienda digna, segura e higiénica, con servicios públicos esenciales como agua potable, alcantarillado y energía eléctrica;
- c) Vestuario adecuado al clima, limpio y suficiente para sus actividades cotidianas; y,
- d) Recreación y sano esparcimiento.

Corresponde a la madre, al padre, la familia ampliada, los representantes y responsables la garantía de este derecho conforme a sus posibilidades y medios económicos. El Estado, por medio de políticas públicas y programas, deberá asegurarles condiciones para que cumplan con esta responsabilidad.

Acerca de esta disposición legal, bastante se ha dicho a lo largo de la presente obra. Insistiremos en la necesidad de interpretar la vida en su sentido amplio, que comprende no sólo el derecho a vivir físicamente, sino a hacerlo en condiciones de dignidad y justicia social.

Destaca así en esta norma el concepto de que el desarrollo integral de la niñez está sin duda condicionado por el goce efectivo de sus derechos teniendo como eje fundamental el del nivel de vida digno y adecuado, pues le califica de “esencial” para el desarrollo integral desde el momento de la concepción.

Esta disposición y los elementos que constituyen el nivel de vida digno, es similar en muchas legislaciones de la Región de ALC, aunque algunas, como la de República Dominicana (artículo 3), no lo contiene de forma expresa, sino integrado en el Derecho a la vida y de forma lacónica, al igual que La Ley de Niñez y Adolescencia de Guatemala, que lo consagra en su artículo 25, así: **“Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho, a un nivel de vida adecuado y a la salud, mediante la realización de políticas sociales públicas que les permitan un nacimiento y un desarrollo sano y armonioso, en condiciones dignas de existencia.”** como el caso del artículo 30 de la Ley venezolana,

Los cuatro elementos que comprende este derecho en la LEPINA, indicados desde la letra “a” hasta la “d”, se explican por sí solos, aunque sin duda constituyen un mínimo deseable, más no la integralidad del derecho, pues como hemos explicado el nivel de vida digno está indisolublemente unido a todos y cada uno de los derechos de Supervivencia y Desarrollo. En tal sentido, por ejemplo, la legislación de la República Bolivariana de Venezuela, agrega al alcance de este derecho la expresión siguiente “Este derecho comprende, entre otros, el disfrute de:.....”, con lo que no le limita exclusivamente a los elementos enunciados, sino

que les extiende a otras condiciones sociales, económica, culturales, familiares y, en fin, de supervivencia y desarrollo para el goce real de la vida digna.

El mínimo de los cuatro elementos indicados en el artículo 20 de la LEPINA expresan así los requerimientos básicos del desarrollo de las niñas, niños y adolescentes en los que es importante tener en cuenta, sobre todo en los literales "a", "c" y "d" la edad y el desarrollo o evolución de las facultades, pues obviamente, la nutrición balanceada a la que hace alusión el primero de estos particulares, no será igual en requerimientos en la edad de lactancia materna que en la de los 12 años (véanse los literales "b" y "c" del artículo 28 de la Ley). Tampoco serán iguales los lugares y formas de recreación y esparcimiento en las distintas edades de la niñez entre sí, es decir como grupo etario, ni en la adolescencia entre sí, ni la vestimenta o vestuario requerido para cada edad.

Acerca de las responsabilidades para la garantía de este derecho, remitimos a las y los lectores a lo que hemos ampliado suficientemente en esta obra, en donde ha quedado explicado, incluyendo jurisprudencia extranjera y derecho comparado, además del análisis de la normativa internacional, las obligaciones del Estado y la Familia.

V. Capítulo II: Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente. Consideraciones y Análisis

Desde los artículos 21 al 36, la LEPINA desarrolla profusamente los aspectos que en el grupo de Supervivencia están destinados a reconocer la titularidad y exigibilidad de los derechos a la salud, seguridad social y medio ambiente.

Título I Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral Capítulo II Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 21.- Derecho a la salud

La salud es un bien público y un derecho fundamental de las niñas, niños y adolescentes que debe entenderse de manera integral como la resultante de la interacción dinámica de distintos factores bio-psico-sociales, económicos, el medio ambiente, el agua en calidad y cantidad suficiente, el estilo de vida y el sistema de atención sanitaria.

El Estado debe garantizar este derecho mediante el desarrollo de las políticas públicas y programas que sean necesarios para asegurar la salud integral de la niñez y adolescencia. En todo caso, la ausencia de políticas o programas de salud no exime de la responsabilidad estatal de atención que sea requerida en forma individualizada para cualquier niña, niño o adolescente.

La noción de bien público que atribuye la LEPINA a la salud le sustrae de intenciones o políticas privatizadoras y es coherente con la Constitución de la República que en su artículo 65 preceptúa similar aseveración. Si bien en este artículo de la máxima carta jurídica del país no se le advierte directamente como un derecho humano, recuérdese que está integrado al Capítulo de los Derechos Sociales, y por tanto, la intención del constituyente primario no es otra que el de asimilar la Salud a un Derecho con tal categoría.

Por tanto, la salud como **red pública** hace parte de la propiedad de la Nación, no atribuible bajo ninguna condición o forma al mundo de los bienes privados. De consecuencia, las regulaciones en materia de salud serán siempre públicas, es decir, provenientes de las políticas del Estado en Salud y de los intereses públicos, de sus habitantes y su población en general. Por tanto, también son de regulación por parte del Estado, las circunstancias concretas que determinen la formulación y ejecución de acciones públicas tanto de forma permanente y sostenida, como aquellas intervenciones necesarias en otras circunstancias, como podrían ser las de epidemias, pandemias u otras de emergencia generalizada o particulares en salud.

Por la definición de interés y bien público, los sectores privados no están impedidos, pero sí limitados a ejercerla de forma particular. En ese sentido, el Estado concede las autorizaciones necesarias para tal ejercicio (por ejemplo el de clínicas u hospitales privados), bajo la regulación y supervisión de las autoridades de Salud que la propia Constitución de la República ha creado, como es el Consejo Superior de Salud Pública, en su artículo 68.

Además de definirla como un bien público, a los efectos de la LEPINA, la Salud es un derecho humano de las niñas, niños y adolescentes, definiendo lo que debe entenderse por tal, es decir como antes lo hemos calificado en ocasión del encabezamiento del artículo 17. Así, el derecho a la salud comprende la “**...interacción dinámica de distintos factores bio-psico-sociales, económicos, el medio ambiente, el agua en calidad y cantidad suficiente, el estilo de vida y el sistema de atención sanitaria....**”

De allí que sin duda el objeto de esta norma es la garantía a la niñez y adolescencia de una vida saludable, pues los elementos enunciados persiguen lo que la CDN encabeza en su artículo 24.1 cuando expresa “**...el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud...**” que permitan desarrollar al máximo sus capacidades en lo biológico, psicológico, moral, económico, ambiental y sanitario. Tal determinación guarda coherencia igualmente con los criterios promovidos por la Organización Mundial de la Salud, al considerar que este derecho no se limita a la ausencia de enfermedades o afecciones, sino que se centran básicamente en la prevención, la promoción y la protección de la salud, considerando el entorno, la calidad de vida en forma integral y los elementos ambientales que le son parte.

La parte in fine de la norma centra la responsabilidad del Estado en la garantía de este derecho a la salud en dos direcciones: 1) Las políticas Públicas para la garantía universal de la salud integral a la niñez y adolescencia; 2) La responsabilidad estatal de atención individualizada, al margen de la existencia o no de tales políticas públicas.

Vale destacar en atención a ésta última previsión que las políticas públicas deben entonces ser formuladas con prioridad absoluta, como la LEPINA lo ordena, esto es, con la destinación de los recursos de forma prioritaria para garantizar este derecho a las niñas, niños y adolescentes, pero además que comprenda los elementos de salud que define esta misma norma, es decir que debe comprender todos los factores enunciados en la definición sustantiva del derecho, cuales son aquellos de orden biológico, social, psicológicos, ambientales, sanitarios, nutricionales, y en todos y cada uno de ellos comprendidas tanto las acciones preventivas como de atención.

Si bien es importante la previsión segunda que hemos destacado, esto es, que la ausencia de políticas o programas de salud no exime al Estado de atender de forma individualizada a cualquier niña, niño o adolescente; de igual relevancia es tener en cuenta que la ausencia de éstas políticas y programas de salud constituiría una violación de los derechos de supervivencia, y de las obligaciones inmediatas del Estado, sujetas entonces a la Acción judicial de Protección, como lo prevé el artículo 227 de la LEPINA consistente en 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, por lo que el mandato que se derive de tal acción ordenaría la obligación de hacer y ejecutar la política pública de salud de que se trate. De igual interés es acreditar la necesidad de que en los casos de derechos individualmente considerados, procedería la medida de protección administrativa, como lo preceptúa el artículo 120 de la Ley. En tal eventualidad, es decir, en la ausencia del servicio de salud que corresponda a un niño o niña individualmente considerada, y si tal inexistencia hace imposible la atención inmediata que se requiera, debe activarse la Junta Local de Protección para dictar la medida correspondiente, conforme a la disposición del artículo 120, particular "c" de la LEPINA. Es justamente en estas circunstancias, o similares a ella en que las medidas de protección se requieren de forma rápida y eficaz, con un mandato administrativo de protección que de forma inequívoca ordene la atención médica.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 22.- Gratuidad del servicio de atención médica

El Estado proveerá gratuitamente, en el nivel de atención correspondiente, los servicios de salud a las niñas, niños o adolescentes que los requieran. Ese servicio implica también el suministro gratuito de consultas, medicinas, exámenes, prótesis, la implementación de programas para la utilización terapéutica de órganos o tejidos humanos u otros elementos necesarios para la prevención, tratamiento y rehabilitación de la niña, niño o adolescente.

Cuando no resulte posible el acceso de las niñas, niños o adolescentes a la atención y los servicios del sistema público de salud o éste no cuente con los medios idóneos, el Órgano Ejecutivo en el ramo de Salud Pública y Asistencia Social, en el marco del Sistema Nacional de Salud, deberá coordinar esfuerzos con los miembros y colaboradores del mismo, así como con instituciones nacionales e internacionales públicas o privadas para preservar la salud de las niñas, niños y adolescentes que lo requieran.

Excepcionalmente, en casos de inminente peligro de muerte, y agotadas las alternativas existentes, el Estado podrá gestionar que los servicios de salud sean brindados por entidades privadas, debiendo asumir los gastos correspondientes, si los hubiere; cuando la madre, padre, representante, responsable o sus familias no pudieren solventarlos por sí mismos. Para tales efectos, se celebrarán los convenios correspondientes.

En ningún caso, se podrá negar la atención médica so pretexto de la ausencia del representante legal, la falta de cupo o recursos y las consideraciones técnicas de la atención.

Ya declarado como bien público y derecho humano en el anterior artículo, el presente se encarga de precisar la gratuidad, que se corresponde con aquél reconocimiento. Ningún servicio o mecanismo que de cumplimiento a un derecho fundamental de las personas desde la perspectiva de los derechos humanos, puede concebirse con emolumentos, costos o recompensas dinerarias o de cualquier otra índole, pues se desvirtuaría precisamente la naturaleza del derecho reconocido, dejando así de serlo. Por esta razón, todo aquello que esté implicado en garantizar la salud de niñas, niños y adolescentes, el artículo 22 de la LEPINA lo declara con el carácter de gratuidad. Nótese bien de la norma que no se trata sólo de la gratuidad de la atención médica, sino de todo el servicio que requiera la población de niñez y adolescencia para el más alto nivel de salud posible, tales como medicinas, exámenes, prótesis, pero de igual importancia la gratuidad en la implementación de programas en los tres niveles: Prevención, tratamiento y rehabilitación. No queda duda alguna del carácter extensivo que la LEPINA da a la gratuidad del servicio de salud.

No obstante a la gratuidad prevista, esta normativa es prolija en prever las diferentes situaciones que en la cotidianidad pudiesen estar presentes al momento de la prestación del servicio de salud a niñas, niños y adolescentes; asumiendo así el Estado, a través del Órgano Ejecutivo en el ramo de Salud Pública y Asistencia Social las consecuencias de la falta o deficiencia en la prestación y recurriendo de esa forma a otros servicios públicos o privados, incluyendo organizaciones internacionales.

La excepción que aparece al final de la norma, en casos de inminente peligro de muerte, se encuentra concatenada con el artículo 18 de la Ley que prevé la atención obligatoria de Centros privados de Salud. Aunque en la hipótesis del artículo 22 se especifican los convenios que previamente serían celebrados para hacer efectiva la prestación del servicio por parte de las entidades privadas, es indudable que en situaciones de emergencias con tal riesgo para la vida de niñas, niños y adolescentes, y sin la existencia de tales convenciones entre el sector público de salud y las instancias privadas; prevalece la aplicación del artículo 18 comentado. Por tanto, ante una situación determinada en la que se requiera de la prestación del servicio de salud de las entidades u organizaciones privadas por la inexistencia de especialidad, material quirúrgico, implementos o instrumentales necesarios para la intervención que salve la vida de una niña, niño o adolescente en un Centro de Salud Pública, se recurrirá ante la Institución privada que provea el servicio, aunque no existan convenios previos entre éstos y el Estado, en aplicación estricta del artículo 18, sin que valga en tal circunstancia alegar la inexistencia de contrataciones que les obliguen a tal prestación. Supóngase en todo caso que aun existiendo estas contrataciones, las mismas no prevean determinado tipo de intervenciones médico-quirúrgicas, o algún otro tipo de atención, sino que se circunscriban a un listado de cuidados médicos que no sean los requeridos en una situación concreta; aplicaría igualmente la atención privilegiada y obligatoria a la que alude el artículo 18 de la LEPINA.

Finalmente, la norma que comentamos prevé también la prohibición de negativa a la atención médica, aplicable a entidades de salud pública o privada, so pretexto de la ausencia de representantes legales, falta de cupo o recursos y las consideraciones técnicas de la atención.

Aunque la última afirmación pueda parecer un exabrupto al prohibir la negación de atención por consideraciones técnicas; discúrrase que se trata de la preeminencia de un derecho humano que no permite excepciones en su garantía, sobre todo cuando la norma se refiere a la atención médica, no a la necesidad técnica, de equipos, o condiciones tecnológicas inexistentes. De esa manera, debe quedar claro que la atención médica se prestará siempre, aunque luego deba ser remitido el o la paciente a otro tipo de atención calificada o Entidad de Salud que cumpla con los requisitos o materiales técnicos necesarios, tales como equipos de tomografías, laboratorios especializados u otros

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 23.- Obligación de atención médica de emergencia para la niña, adolescente o mujer embarazada

Cualquier niña, adolescente o mujer embarazada que se encuentre en peligro inminente de muerte o de sufrir daños irreparables para su salud o la del niño o niña por nacer y por ello requiera atención médica de emergencia, será atendida en la institución de salud pública o privada más cercana del lugar donde se encuentre, de acuerdo a lo establecido en el artículo anterior.

La insolvencia del requirente o la falta de recursos de la institución requerida no eximirán la atención de la embarazada en trabajo de parto.

Otra de las obligaciones expresas que en materia de salud se encuentran imperativamente preceptuadas en la LEPINA es la de atención médica de emergencia para la niña, la adolescente o mujer embarazada.

Remitiendo a la norma anteriormente analizada, el artículo 23 prevé la hipótesis de peligro inminente de muerte o de sufrir daños irreparables para la salud de la paciente embarazada o del niño o niña por nacer, para establecer así la obligación de atención médica a las instituciones públicas o privadas que se encuentren más cercanas del lugar en donde tal emergencia se presenta. Ordena así la norma que se proceda conforme a lo establecido en el artículo anterior, esto es, que se atienda medicamente a la persona niña, adolescente o mujer embarazada, en todos los casos de emergencia. Vale decir que la técnica legislativa ha debido remitir de igual manera al procedimiento de atención de emergencia previsto en el artículo 18 eiusdem, por las mismas consideraciones que hemos hecho anteriormente.

Entiéndase que la emergencia a que se refiere este artículo 23 en su primera parte no se limita a la situación de parto, sino a cualquier necesidad de atención médica de emergencia que requiera la mujer, niña o adolescente embarazada, desde el mismo momento en que se encuentra en este estado biológico, como podría ser un embarazo ectópico⁴⁸, u otras formas de riesgo o peligro para la salud de la embarazada o de la vida que anida en su vientre.

La parte in fine del artículo si está referida expresamente a la atención de la embarazada en el denominado "trabajo de parto", es decir, que presente los síntomas o manifestaciones activas y/o pasivas que se desencadenan de forma progresiva al final de la gestación, o también tratándose de partos prematuros, que tienen por objeto la expulsión del niño o niña, así como la placenta y otros efectos orgánicos anexos que se desechan. Es necesario que se observe también la existencia de múltiples situaciones en que la madre se encuentre en "trabajo de parto" y sin embargo no pueda, por diversas razones físicas o de otra índole, expulsar al niño o niña, por lo que deba procederse a intervención quirúrgica, denominada cesárea. En todos estos casos, sin duda que la LEPINA protege a la madre y al niño o niña por nacer, estatuyendo expresamente la obligación de atención del parto, sin que se pueda eximir la institución de salud pública o privada por la insolvencia de la parturienta o la falta de recursos.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 24.- Embarazo precoz

Toda niña o adolescente embarazada es considerada en un estado de alto riesgo obstétrico y perinatal, por tanto deberá recibir atención médica de manera integral en las instituciones de salud pública.

El Estado, con la colaboración de la sociedad, deberá establecer una política pública y programas específicos para la prevención a través de la información, la educación y la atención del embarazo precoz en niñas y adolescentes.

A la niña o adolescente embarazada no se le podrá obligar al sometimiento de exámenes o interrogatorios denigrantes.

48 Un embarazo ectópico ocurre cuando el bebé comienza a desarrollarse por fuera de la matriz (útero). El sitio más común para un embarazo ectópico está dentro de uno de los conductos a través de los cuales el óvulo pasa del ovario al útero (trompas de Falopio). Sin embargo, los embarazos ectópicos también pueden presentarse en raras ocasiones en los ovarios, el área del estómago o el cuello uterino. Un embarazo ectópico es causado frecuentemente por una afección que obstruye o retarda el paso de un óvulo fecundado a través de las trompas de Falopio hacia el útero. Esto puede ser causado por un bloqueo físico en la trompa por factores hormonales y por otros factores, como el tabaquismo. (Si se quiere profundizar en el tema, manifestaciones, efectos o consecuencias véase MedlinePlus, servicio de la Biblioteca Nacional de Medicina de EEUU, en la web: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000895.htm>)

El embarazo y en general la maternidad a temprana edad, constituye uno de los fenómenos sociales y familiares de mayor eclosión en las últimas décadas en los países de la región de América Latina y El Caribe, asociado a múltiples factores en donde destacan los de orden socioeconómicos, culturales o de estilos de vida y en gran medida la insuficiente, otras veces ausente, educación en salud sexual y reproductiva. Una paradoja en esta Región es que "...Por una parte, ella presenta niveles de fecundidad inferiores a la media mundial y de los países en desarrollo. Pero por otra, registra niveles de fecundidad adolescente que rebasan ostensiblemente la media mundial, solo superados por los índices de África, y es la región del mundo en que los nacimientos de madres adolescentes representan la mayor fracción del total de nacimientos..."⁴⁹

De tal manera, que las regulaciones legales deben trascender el paradigma del oscurantismo cultural, moralista o religioso para garantizar políticas y programas dirigidos a la prevención del embarazo en la niñez y adolescencia, con formulaciones que partan de la realidad objetiva y del derecho subjetivo y sustantivo de niñas, niños y adolescentes a estar debidamente informados sobre sus derechos sexuales y reproductivos, que junto a estrategias comunicacionales, regulaciones a los mass media, incorporación de información adecuada y calificada en la estructura curricular educativa y otras formas de información y educación formal e informal, resultan comprobadamente eficaces en la prevención del embarazo precoz y las enfermedades de transmisión sexual.

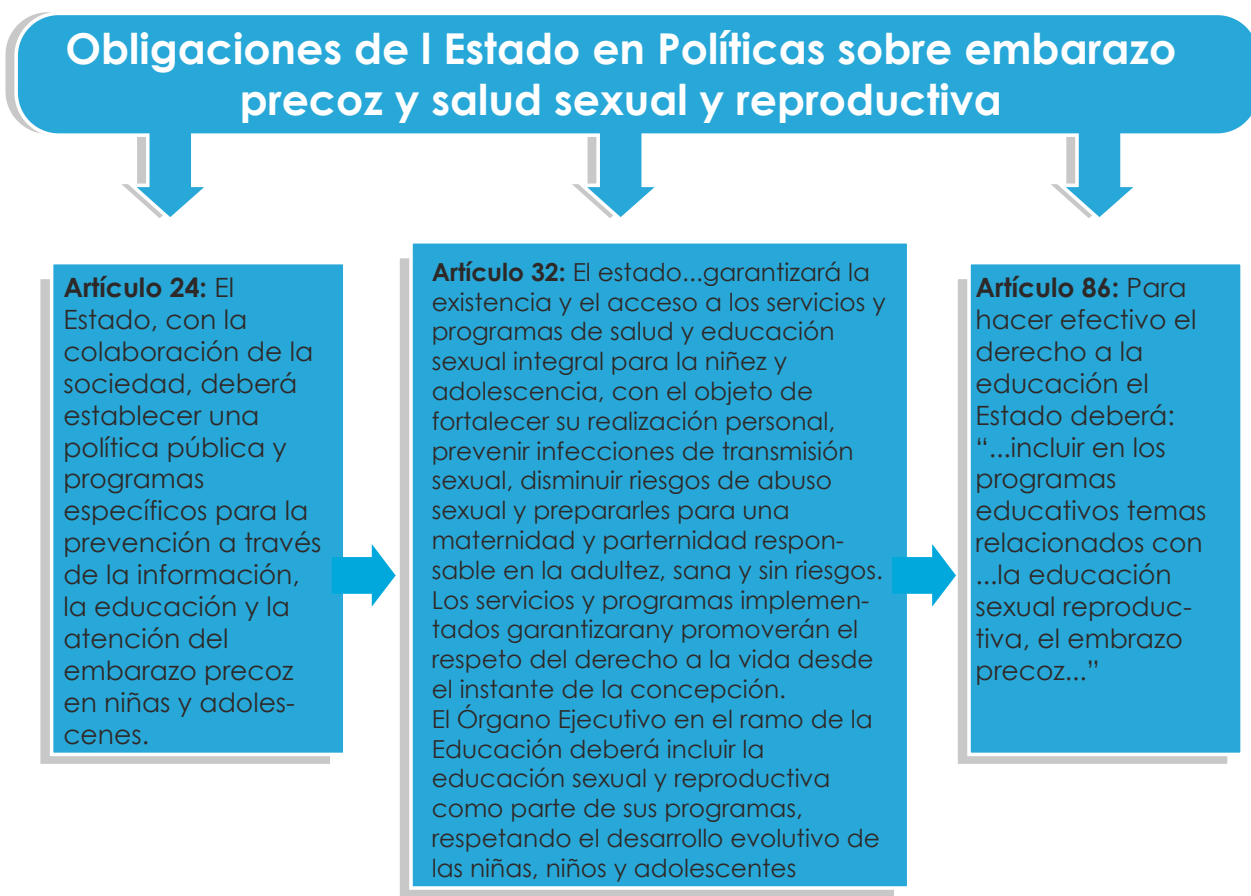
El artículo 32 de la LEPINA establece el derecho de las niñas, niños y adolescentes "...a recibir información y educación en salud sexual y reproductiva, de forma prioritaria por su madre y padre...." Así como la obligación del Estado en garantizar la existencia y el acceso a los servicios y programas de salud y educación sexual integral para la niñez y adolescencia, con el objeto de fortalecer su realización personal, prevenir infecciones de transmisión sexual, disminuir riesgos de abuso sexual y prepararles para una maternidad y paternidad responsable en la adultez, sana y sin riesgos. También en aquella disposición se califica el enfoque de los servicios y programas implementados con tal fin, para que garanticen y promuevan el respeto del derecho a la vida desde el instante de la concepción. Por su parte El literal "m" del artículo 86, establece la obligación del Estado de incluir en los programas educativos los temas relacionados con la salud sexual y reproductiva y el embarazo precoz, entre otros.

Por lo dicho anteriormente, desde el mero punto de vista técnico-legislativo y dejando a salvo la importancia que da el legislador a las obligaciones del Estado en materia de prevención del embarazo precoz en niñas y adolescentes; hay una evidente reiteración y disgregación normativa en ese sentido, pues como se ha dicho, el contenido de tal obligación se repite, palabras más, palabras menos, con mayor o menor desarrollo en este artículo 24, el 25, literal "a", en el 30, 32 y en el 86, lo cual ha podido sintetizarse en una norma única que contemplara todas las obligaciones del Estado así disgregadas.

Por tanto, a los efectos de la debida interpretación y aplicación, conviene que los operadores de la LEPINA, sea en el ámbito judicial u otro, consideren la relación normativa y debida concatenación del articulado indicado.

49 Boletín "Desafíos N° 4" Unicef-Tacro y Cepal, pag. 5

Gráficamente, al menos, se deben observar a los efectos de las obligaciones del Estado, los artículos siguientes, así:



En otro orden de ideas, aunque el artículo 24 de la LEPINA se encuentra integrado al Título I de los Derechos de Supervivencia, el legislador no sólo estableció la atención de emergencia de la niña o adolescente embarazada (que de alguna forma ya se encuentra prevista y desarrollada en el artículo anterior), sino que amplió de forma inequívoca el alcance de este estado biológico en las niñas y adolescentes, calificándolo siempre y en todo caso como un "...estado de alto riesgo obstétrico y perinatal...", por lo que ya no se trata de una atención de emergencia, sino de la prestación del servicio preferencial a esta población, como modo de protección especial, por lo que su atención médica es de índole integral en todas las instituciones de salud pública, como lo reza el encabezamiento de esta norma. Y debió ser así, puesto que la protección especial que amerita el estado biológico del embarazo en todas las mujeres, debe ser de mayor cuidado y atención precisamente en las niñas y adolescentes, por la obiedad de su desarrollo físico y biológico, así como las consecuencias que éste tiene en el niño o niña que anida en su vientre.

El legislador trascendió la visión de atención médica integral a la niña o adolescente embarazada para, en una misma norma, establecer el deber del Estado con la contribución de la sociedad, de elaborar políticas y programas de prevención del embarazo en niñas y adolescentes. Sobre la orientación de estas políticas y programas, sus estrategias y modalidades mucho se ha escrito y profundizado⁵⁰, pero quizás uno de los aspectos que deba resaltarse es la necesidad que las mismas sean apropiadas a las edades de los niños, las niñas y adolescentes, por una parte, y que no sólo sean dirigidos a éstos, sino también al conjunto de la sociedad, y en especial a las familias, además de las regulaciones y limitaciones a los medios de comunicación social. Muchas veces se piensa equivocadamente que los programas de prevención son un asunto del medio educativo formal, o que sólo deban dirigirse a las niñas y las adolescentes, excluyendo a los de sexo masculino, cuando en verdad tanto el asunto de la prevención como el estado de embarazo en sí mismo, involucra a hombres y mujeres, niñas y niños, y la sociedad en su totalidad. Una política contraria constituiría un enfoque centromachista que evidentemente culpabilizaría a la niña o adolescente del estado de embarazo o de la falta de prevención, pero además funda y reproduce desde lo público las conductas sociales discriminatorias, fortaleciendo desde temprana edad las prácticas y “enseñanzas” sexistas.

Destaca sobremanera la parte final de este artículo cuando prohíbe los interrogatorios y exámenes denigrantes a la niña o adolescente embarazada, pues por una parte le victimizaría su condición de madre, al tiempo que genera evidentes consecuencias de afectación psicológica. No son pocas las Instituciones de Salud e inclusive programas específicos para atención de madres jóvenes que incurren en la indicada victimización, so pretexto de averiguar el estado emocional de la niña o adolescente, practicando verdaderas intervenciones de psicología clínica que, lejos de constituir formas de protección, resultan vejámenes y torturas psicológicas. Otras veces, en concierto con las madres o los padres, o con los responsables de las niñas o adolescentes embarazadas, estos programas provocan un ambiente de situaciones ciertamente ignominiosas que atentan contra la dignidad de la embarazada, tales como la insistencia por medios vejatorios o de amenazas, para que confiese asuntos propios de su intimidad, afectando de esa forma el derecho a su vida privada.

50 Véase en tal sentido la página Web de Unicef.org con amplia y profunda información sobre el tema de forma permanente.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 25.- Obligaciones del Sistema Nacional de Salud

Corresponde al Estado, a través del Sistema Nacional de Salud:

- a) Elaborar y ejecutar la política integral de salud para la atención de la niñez y adolescencia, entre otros ámbitos, en la atención primaria, el combate de la mortalidad materno-infantil, la desnutrición, el embarazo precoz, la atención y tratamiento de personas que sean portadoras del virus de inmunodeficiencia humana o padezcan del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, así como de aquéllos que padezcan enfermedades crónicas;
- b) Asegurar el fácil acceso de la niña, niño o adolescente a los servicios necesarios para su tratamiento;
- c) Desarrollar programas de atención integral de la salud sexual y reproductiva de la niña, niño y adolescente;
- d) Promocionar y fomentar la lactancia materna exclusiva, al menos en los primeros seis meses de vida, en los centros públicos y privados de salud;
- e) Desarrollar programas permanentes para evitar el consumo de alcohol, tabaco, drogas o cualquier tipo de sustancias psicotrópicas;
- f) Desarrollar programas de desintoxicación y rehabilitación para niñas, niños y adolescentes con adicciones;
- g) Desarrollar programas permanentes de orientación y salud alimentaria, para ser difundidos a los niños, niñas y adolescentes, en los Centros Públicos y Privados de Educación;
- h) Desarrollar programas permanentes para la prevención, atención y tratamiento de la salud mental de la niñez y adolescencia;
- i) Permitir que la madre, el padre, representante o responsable de la niña, el niño o adolescente atendidos en centros públicos de salud puedan acompañarlos en caso de hospitalización;
- j) Establecer directrices y protocolos de actuación del personal de salud para la prevención, identificación, atención y tratamiento de la niña, niño o adolescente maltratado o abusado sexualmente, así como para dar aviso o denuncia a la autoridad competente;
- k) Informar sobre el estado de la salud de la niña, niño o adolescente a su familia y al paciente mismo, tomando en cuenta su desarrollo o grado de madurez;
- l) Supervisar que el crecimiento y desarrollo de toda niña, niño o adolescente sea adecuado a su edad cronológica; orientar y apoyar a la madre, el padre, representante o responsable para que tomen las medidas necesarias para ello;
- m) Informar al Registro del Estado Familiar correspondiente, en el plazo que establezca la Ley, sobre los nacimientos y, en su caso, las defunciones; y,
- n) Establecer protocolos para la atención de la niña, niño, adolescente y mujer embarazada.

En esta norma se consagran un conjunto de obligaciones vinculadas al Derecho a la salud, además de las que se desprenden de los artículos precedentemente analizados.

Así, la LEPINA orienta la gestión de política pública del Estado de forma congruente con un mínimo de metas adecuadas a las exigencias fundamentales de las niñas, niños y adolescentes, extendiéndolas a aspectos directamente vinculados con la prevención, promoción de la salud y atención.

Aunque las obligaciones determinadas en esta norma se explican por sí solas, es necesario apuntar adicionalmente que:

- a. La norma es de carácter imperativo, por cuanto constituye un deber del Estado para la garantía del Derecho a la Salud, en el marco de la categoría de Derechos de Supervivencia de niñas, niños y adolescentes.
- b. El particular “a” de este artículo señala ámbitos enunciativos, no exclusivos ni limitantes, pues la oferta de salud no se agota con **“...la atención primaria, el combate de la mortalidad materno-infantil, la desnutrición, el embarazo precoz, la atención y tratamiento de personas que sean portadoras del virus de inmunodeficiencia humana o padezcan del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, así como de aquéllos que padezcan enfermedades crónicas”**, razón ésta por la que el legislador en la norma expresó “...entre otros ámbitos...”.
- c. Al tiempo que constituyen un marco imperativo en la elaboración y ejecución de la política pública de Salud, la utilización de la frase **“Corresponde** al Estado, a través del Sistema Nacional de Salud...” (subrayado intencional), denota sin dudas que el listado de obligaciones, se erigen a su vez en competencias específicas del Sistema de Salud y no de otro órgano o entidad del Estado ni de los particulares. Derivase entonces que los deberes acá estatuidos, son a su vez un marco de competencias exclusivas.
- d. Cada una de las competencias y obligaciones deben ser incorporadas a los indicadores para la evaluación de la política del Sistema Nacional de Salud. Indicadores que permitan obtener información estadística calificada, coherente, segura, desagregada y oportuna para la continuidad y permanencia de la política pública de salud. Así, por ejemplo el Desarrollo de los programas a que se contraen las letras “c”, “e”, “f”, “g” y “h” de esta norma permitirán actualizar permanentemente la situación del derecho a la salud en áreas esenciales como la salud sexual y reproductiva, prevención del consumo de drogas ilícitas, prevención, atención y tratamiento de la salud mental, entre otros.
- e. De las obligaciones y/o competencias en la materia para el Sistema Nacional de Salud se generan funciones transectoriales que integran a todos y cada uno de los niveles político-territoriales en el cumplimiento de la rectoría que el Sistema de Salud debe hacer cumplir en la política nacional del área. De esa forma obliga a Municipios y Departamentos en el cumplimiento de las obligaciones que a tal efecto les competan y principalmente en coadyuvar al Desarrollo de las políticas de salud con el Estado Nacional, pero también se derivan relaciones intersectoriales con otros organismos del Estado, por ejemplo en el particular “g” con los Centros de Educación Públicos y Privados para lo cual tendrá que desarrollar políticas intersectoriales con el Ministerio del ramo, o el particular “m” con el Registro del Estado Familiar.

- f. Destacan el particular “j” y el “n” acerca de los protocolos para la atención de niñas, niños, adolescentes y mujeres embarazadas, ante lo cual se debe observar particular celo en el enfoque de los mismos, en razón de la importancia que tienen en relación no sólo a la atención médica como acto, sino a todos los componentes integrales que comprenden los actos médicos o de salud en general, que ameritan de una perspectiva de derechos humanos que garantice la dignidad del o la paciente. Por ejemplo y sólo a título indicativo, el derecho al buen trato por parte del personal de enfermería, tanto a pacientes como a sus familiares, las reglas sobre el derecho a la intimidad y privacidad en las áreas de hospitalización, emergencias u otras (relacionado especialmente con auscultaciones y exploraciones físicas a niñas, niños, adolescentes o mujeres embarazadas), y en definitiva tales protocolos no deben ser tan sólo una guía de la atención, sino también una guía de los derechos del o la paciente.

Corresponde, sin dudas, al Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, coactuar y vigilar el Desarrollo de las Políticas de Salud que se establecen tanto en este como en el resto del articulado de la LEPINA en materia de salud, en cumplimiento de su principalísima función consagrada en el artículo 134 de la misma Ley, así como garantizar que esta política de salud guarde coherencia con la Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, como lo asigna el cardinal “2” del artículo 135.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 26.- Responsabilidades de la familia frente al derecho a la salud Es obligación de la madre, el padre, representante o responsable de la niña, niño o adolescente:

- a) Inscribirlos en el sistema de salud o de seguridad social desde el momento de su nacimiento;
- b) Asegurar que asistan a los controles periódicos de salud, vacunación y demás servicios médicos;
- c) Suministrar los cuidados que sean necesarios para la prevención, atención y combate de las enfermedades y la atención especial de aquéllos con discapacidad;
- d) Llevarlos a los servicios médicos necesarios ante un síntoma de enfermedad o riesgo a la salud;
- e) Cumplir con diligencia las instrucciones de los profesionales de la salud, tanto públicos como privados, en lo que se refiere al tratamiento de que fuesen sujetos; y,
- f) Evitar someter a las niñas, niños o adolescentes a tratamientos carentes de bases científicas que los respalden, o efectuados por profesionales y personal técnico auxiliar no certificados por la respectiva Junta de Vigilancia o que no posean la autorización respectiva.

También un mínimo de responsabilidades para la madre, el padre, representante o responsable de niñas, niños y adolescentes, establece la LEPINA. Cuando analizamos el principio de corresponsabilidad que se compone de la trilogía Estado, Familia y Sociedad, ya adelantamos que los deberes de crianza, cuidado, vigilancia, orientación y educación son básicos para definir la indeclinable misión de la familia para con sus hijas e hijos.

La LEPINA en esta materia resulta más profusa que otras legislaciones de América Latina y El Caribe, pues desarrolla obligaciones y roles particulares en materia de salud para Padres, Madres o representantes, a diferencia de otras que se limitan a generalizar con expresiones como "...están obligados a cumplir las instrucciones y controles médicos que se prescriban con el fin de velar por la salud de los niños, niñas y adolescentes" (LOPNNA. Venezuela) o simplemente "brindar la atención de salud que esté a su alcance y asegurar el cumplimiento de las prescripciones, controles y disposiciones médicas y de salubridad" (Código de Niñez y Adolescencia-Ecuador), mientras que algunas otras legislaciones como la Ley 136-03 de República Dominicana no las establece de forma expresa.

En la LEPINA se desarrolla de forma concreta y con deberes específicos aquella afirmación, pues en materia de salud se establecen sin equívocos las responsabilidades que coadyuvan de forma inmediata en la garantía de este derecho.

Los particulares "a", "b" y "e" de la presente norma referidos a las obligaciones de:

- inscripción en el sistema de salud o de seguridad social desde el momento del nacimiento,
- Controles periódicos de salud, vacunación y demás servicios médicos; y
- Los servicios médicos necesarios ante un síntoma de enfermedad o riesgo a la salud;

Resultan sin duda obligaciones particulares de padres, madres o representantes, pero íntimamente fusionadas a dos aspectos resaltados en el artículo 25: 1) La política integral de salud que debe garantizar el Sistema Nacional, establecido como competencia en el particular "a" de aquella norma que ya hemos comentado, por razón de la oferta que el Estado debe proporcionar para el cumplimiento de tales obligaciones por parte de padres, madres, representantes o responsables. Tal afirmación luce con mayor énfasis en muchos países de la Región de ALC, en donde la lejanía de los sistemas de salud, o la carencia de servicios de inscripción en el sistema de salud o los controles periódicos de salud y vacunación que resultan indeclinables para el control postnatal y de niñez sana por ejemplo en las zonas rurales o periurbanas, impide cumplir esta obligación, o en donde la cantidad de trabas burocráticas y lentitud de los sistemas frustran la intención de los obligados, y 2) La Información, educación y promoción de estas obligaciones, principalmente a padres y madres, puesto que en muchas ocasiones el desconocimiento y la cultura social imperante subestima la importancia de los controles periódicos, o de las vacunaciones, y en fin de la atención de los servicios de salud. Resulta así que aun existiendo una suficiente y próxima oferta de servicios de salud, padres o madres desestiman la concurrencia a los mismos para el control postnatal, incluso por el desconocimiento de la existencia de los mismos. Se impone de esa forma una suficiente y permanente política comunicacional, informativa y educativa que ofrezca de forma sencilla y entendible, que permita vencer los obstáculos derivados de la cultura o deseducación en materia de salud.

El último literal de esta norma, es preclaro en el mismo sentido indicado, aunque el verbo utilizado “evitar” no parece el más adecuado. Es obligación más que “evitación” lo que se impone en el sentido de no someter a sus hijos e hijas a tratamientos carentes de base científica. Por ello, la CDN es contundente cuando en este particular prescribe “**...abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños**” (artículo 24.3).

También se impone en el mismo sentido que el Sistema Nacional de Salud adopte medidas eficaces de información y educación para combatir tales prácticas y no lo deje a la sola conciencia de padres y madres.

Título I Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral Capítulo II Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente
Artículo 27.- Responsabilidades de la sociedad frente al derecho a la salud Corresponde a la sociedad: a) Cooperar con el Estado en el desarrollo de las políticas y los programas necesarios para reducir la mortalidad infantil, prevenir las enfermedades, educar a la familia en las prácticas de higiene y saneamiento, combatir la malnutrición y los demás que sean necesarios para la garantía de la salud de las niñas, niños y adolescentes; y, b) Apoyar y vigilar el cumplimiento de los objetivos de las políticas públicas en materia de salud, así como proponer acciones que pudiesen complementar o ampliar dichos procesos.

En absoluta coherencia con la indicación prevista en el artículo 13 de la LEPINA que establece que: “**La sociedad deberá participar activa y continuamente en la garantía de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, velará para que cada una de las obligaciones expresadas en esta Ley sea efectivamente cumplida.**”, se desarrollan las competencias que en materia de salud le corresponden a la sociedad, bien en su conjunto, bien a través de organizaciones sociales de derechos humanos, o aquellas que la propia LEPINA contempla en su artículo 193 como Asociaciones de Promoción y Asistencia a los Derechos de la Niñez y Adolescencia, integradas en la Red de Atención Compartida.

De esa manera, la sociedad tiene un deber de cooperación con el Estado Salvadoreño en las Políticas y Programas necesarios para la garantía del Derecho a la Salud, que les hace cooperantes de estas políticas, por una parte, y controladores sociales en su cumplimiento, por la otra, lo cual no es ni contradictorio ni paradójico, pues la cooperación en el desarrollo de la política comprende los esfuerzos en facilitar su ejecución, bien a través de la promoción, de la conducción de niñas, niños o adolescentes y sus familias a los servicios de atención, en la orientación adecuada, etc. (todo lo cual no es responsabilidad directa, sino de contribución en la consecución del derecho a la salud) y no anula la posibilidad de vigilar, en esa misma tarea de coadyuvar con la política pública, que no se desvirtúen o desvíen los objetivos trazados. Pero para todo ello, el Estado y en particular el Sistema nacional de Salud debe generar los mecanismos de participación directa y protagónica de la sociedad, principalmente no obstaculizando las labores de vigilancia que la ley les acuerda como competencia.

En la República Bolivariana de Venezuela, por ejemplo, se inició un proyecto (aunque de poca cobertura), a principios de los años 2000 que integró a las Defensorías de Niñez y Adolescencia en los Centros de Salud Públicos en Hospitales y maternidades de la ciudad capital del país (Caracas), que permitía que la sociedad mantuviese vigilancia del cumplimiento de estos servicios de forma adecuada a niñas, niños y adolescentes. Esta es así una demostración de convivencia mutua entre Estado y Sociedad para la materialización del principio de corresponsabilidad, que permite sin duda un relacionamiento crítico a través de formas de seguimiento y control social no institucionalizado en la formalidad de la estructura orgánica del Estado, sino desde la visión de los beneficiarios del servicio y demandantes del derecho a la salud, lo cual conduce indefectiblemente al perfeccionamiento de la gestión pública.

En la implementación de la LEPINA se deben brindar todos los canales necesarios a la sociedad para el cumplimiento del objeto que estatuye esta norma, pero al mismo tiempo no puede la sociedad pretender la sustitución del Estado, confundiendo el rol de defensa y vigilancia que le corresponde y el de agente de garantía primaria de derechos que este debe asumir.

De los tres artículos precedentemente analizados se denota la cautela del legislador en la destinación de responsabilidades específicas a cada uno de los actores en la trilogía del principio de corresponsabilidad, aplicado esta vez al derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes. En efecto, a todas luces esta corresponsabilidad si bien tiene efectos entrelazados, entiéndase fusionados, también deja diáfananamente establecidos los roles y autonomías que cada deber impone a cada actor. Todo ello podemos resumir graficándolo de la siguiente manera:

Corresponsabilidad en la garantía del derecho a la salud de Niñas, Niños y Adolescentes



Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 28.- Derecho a la lactancia materna

Es obligación del Estado, el padre, la madre, los representantes, los responsables, los empleadores, así como las organizaciones privadas de salud:

- a) Informar e informarse de las ventajas de la lactancia materna, así como de los efectos de su sustitución por sucedáneos de la leche materna;
- b) Proporcionar a los lactantes una nutrición segura, controlada y suficiente promoviendo la lactancia natural, utilizando de manera informada y adecuada los sucedáneos de la leche materna;
- c) Proveer en la medida de lo posible de leche materna al lactante al menos hasta los seis meses de edad;
- d) Informar e informarse sobre el riesgo de transmisión de enfermedades a través de la lactancia materna, ofreciendo alternativas de sucedáneos de la misma en el caso que ésta no sea posible;
- e) Capacitar e informar al personal de salud, a las madres, los padres y a las comunidades en materia de alimentación de lactantes; y,
- f) Implementar mecanismos que faciliten en la jornada laboral la lactancia materna, así como generar los espacios para que la madre empleada o trabajadora pueda amamantar al niño o niña durante los primeros seis meses de vida.

El Estado deberá promover las condiciones adecuadas para la lactancia materna de los hijos de las mujeres sometidas a privación de libertad.

La inclusión de una norma que desarrolla ampliamente las obligaciones para la garantía de la lactancia materna resulta relevante para la nutrición adecuada y prevención de enfermedades en las niñas y niños, durante su primera etapa de desarrollo. Ya en el artículo 25, literal “d” se dejó establecida la obligación del Sistema Nacional de Salud en “**...Promocionar y fomentar la lactancia materna exclusiva, al menos en los primeros seis meses de vida, en los centros públicos y privados de salud...**” y no obstante, las previsiones del presente resultan ampliadas tanto para el Estado, como para las madres, padres, representantes, responsables y empleadores.

Ciertamente, la leche materna constituye un alimento insustituible, con propiedades únicas para el desarrollo mental, físico y emocional de las y los recién nacidos, al menos hasta los seis meses de forma exclusiva, y subsiguientemente hasta los dos años, con otros alimentos esenciales para su crecimiento y desarrollo. En tal sentido, UNICEF ha publicado y distribuido materiales de orientación, promoción y capacitación del personal de salud, madres, padres, comunicadores sociales y entidades de gobierno a nivel mundial. Entre estas publicaciones, Unicef ha afirmado consecuentemente que:

- “Los lactantes alimentados con leche materna contraen menos enfermedades y están mejor nutridos que los que reciben otros alimentos con biberón. La alimentación exclusiva con leche materna de todos los bebés durante los seis primeros meses de vida permitiría

evitar alrededor de un millón y medio de muertes infantiles cada año y la salud y el desarrollo de otros varios millones mejoraría considerablemente.

- La alimentación con sucedáneos de la leche materna, como las preparaciones para lactantes o la leche de animales, es una amenaza para la salud del recién nacido. Esto es particularmente grave si los padres carecen de medios para comprar la cantidad suficiente de sucedáneos, que suelen ser bastante caros, o no disponen siempre de agua limpia para diluirlos.
- Casi todas las madres pueden amamantar. Aquellas que no confían en su propia capacidad para amamantar a sus hijos necesitan recibir el aliento y el apoyo práctico del padre de la criatura y sus familiares, amigos y parientes. Los agentes de salud, los grupos de mujeres, los medios de comunicación y las empresas pueden ofrecer también su apoyo.
- Todas las personas deben recibir información sobre los beneficios del amamantamiento y es la obligación de todos los gobiernos proporcionar esta información."⁵¹

Sobre otros aspectos necesarios a considerar en torno a la importancia y efectos de la Lactancia materna, incluyendo los cuidados de transmisión de enfermedades, también este organismo internacional para la Infancia, ha elaborado múltiples materiales que explican detalladamente algunos tabúes y otras informaciones interesadas en la sustitución de la leche materna por alimentos no cónsonos con la primera edad de la infancia, incluyendo orientaciones debidas para madres que se encuentran en ciertas condiciones o enfermedades que pudiesen pensar en el impedimento de lactar a sus hijas e hijos, los perjuicios de la alimentación con sucedáneos de la leche materna, la continuidad de lactancia después de los seis meses por la importancia que tiene en cuanto a la proporción de vitaminas y minerales (especialmente Vitamina A y hierro). Aunque acá no desarrollaremos cada una de estas orientaciones, nos permitimos copiar un resumen de las mismas y alentamos a dar lectura a la importante publicación que hemos citado⁵². El resumen de tales orientaciones es el siguiente:

1. La leche materna es por sí sola el mejor alimento y la mejor bebida que puede darse a un bebé menor de seis meses de edad. Este no precisará ningún otro alimento ni bebida, ni siquiera agua, durante este período.
2. Existe la posibilidad de que las madres infectadas con el VIH/SIDA transmitan la enfermedad a sus hijos al amamantarlos. Las mujeres infectadas, o que sospechen la posibilidad de estar infectadas, deben consultar a un agente capacitado de la salud para que les someta a una prueba y les ofrezca orientación y consejo sobre cómo reducir el riesgo de infectar al recién nacido.
3. Los recién nacidos deben estar cerca de sus madres y conviene iniciar la lactancia materna una hora después del parto.
4. La producción de leche aumenta con la frecuencia del amamantamiento. Casi todas las madres pueden amamantar a sus bebés.

⁵¹ "PARA LA VIDA", Unicef, Pag. 39

⁵² Nos referimos a la cita anterior del Libro "PARA LA VIDA" que puede conseguirse en las oficinas de Unicef de cada país, o en su defecto en la dirección web: <http://www.unicef.org/spanish/ffl/pdf/factsforlife-sp-full.pdf>

5. La lactancia materna contribuye a proteger a los bebés y niños pequeños contra algunas enfermedades peligrosas. También ayuda a crear un vínculo especial entre la madre y el hijo.
6. La alimentación con biberón puede causar enfermedades graves o la muerte. Si una mujer no puede amamantar a su hijo, el lactante debe recibir leche materna o un sucedáneo de la leche materna en una taza limpia.
7. A partir de los seis meses de edad, aproximadamente, el niño debe empezar a recibir una variedad de alimentos complementarios, pero la lactancia materna debe continuar hasta bien entrado el segundo año de vida y prolongarse si es posible.
8. Una mujer que trabaje fuera del hogar puede seguir amamantando a su hijo si lo hace con la mayor frecuencia posible cuando está con el lactante.
9. La lactancia ofrece a la madre una protección del 98% frente al embarazo durante los seis meses siguientes al parto, a condición de que la madre no haya empezado a menstruar de nuevo, de que el bebé mame a menudo tanto de día como durante la noche, y de que el bebé no reciba regularmente otros alimentos y bebidas, o un chupete.

Todas estas orientaciones, de alguna manera se encuentran convertidas en obligaciones en la LEPINA, en el artículo 28. Resulta de interés destacar además, que en el caso de empleadores (sean del sector público o privado), la norma destaca el deber en que están de **“...Implementar mecanismos que faciliten en la jornada laboral la lactancia materna, así como generar los espacios para que la madre empleada o trabajadora pueda amamantar al niño o niña durante los primeros seis meses de vida”**, entiéndase entonces que la fábricas, comercios, Industrias, Instituciones de gobierno, y en fin, todos los patrones del sector de bienes y servicios de la Nación, durante los primeros seis meses de vida de las hijas o hijos de sus trabajadoras o empleadas están obligados a proporcionar espacios de tiempo dentro de la jornada laboral para que se produzca de forma libre el acto de lactar a las y los bebés.

Sobre esta obligación es necesario además destacar que no se trata de un derecho concedido a la madre trabajadora, sino de un derecho de su hijo o hija, que la propia trabajadora está en el deber de exigir y al cual no puede renunciar de forma ni bajo justificación alguna, como también es importante el lugar en que se produce el amamantamiento, puesto que como la norma lo indica expresamente se trata de crear espacios dignos, seguros, libres de los efectos de agentes propios de la actividad o ramo laboral y así obliga a empleadores a generar estos espacios. Es claro que ante la inexistencia de estos espacios, las y los empleadores están obligados a permitir la salida de la trabajadora madre hasta el lugar en donde se encuentra su hijo o hija, bien sea en su casa de habitación u otro, por el tiempo del amamantamiento durante la jornada matutina, vespertina o nocturna. Importante también es que siendo una obligación del Estado la garantía de este derecho, el Ministerio del Ramo en materia de Trabajo, conjuntamente con las instancias del Sistema Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia supervisen el cumplimiento de esta disposición por parte de los empleadores.

Siendo que de la lactancia materna se derivan previsiones importantes para la salud integral y para la vida, ambos como derechos de supervivencia, el incumplimiento de estas disposiciones, o en todo caso la denuncia de madres, padres o responsables sobre la negativa de los empleadores a dar cumplimiento a este derecho, constituye una razón para la activación de

los mecanismos judiciales o administrativos que prevé la LEPINA a fin de ordenar las medidas de protección que en cada caso sean apropiadas para la restitución del derecho o cese de la violación o amenaza.

En razón del último inciso de esta norma y la obligación que asume el Estado de promover (y ejecutar), las condiciones adecuadas para la lactancia materna de las hijas e hijos de las mujeres privadas de libertad, no sólo se deben eliminar los obstáculos de autorizaciones burocráticas para tal fin, sino que también debe procederse a la adecuación de infraestructura, ambiente y seguridad propios de este acto maternal que en definitiva dará cumplimiento a un derecho en interés superior de las niñas y niños, al menos hasta el primer año de nacidos. Ello impone que jueces de control de cumplimiento de las penas, así como las autoridades de prisiones o penitenciarias, asuman conciencia de la importancia de la lactancia materna y adecuen todas las condiciones, además de proveer de facilidades para ello.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 29.- Promoción de la salud de la niñez y adolescencia

El Sistema Nacional de Salud deberá establecer una política preventiva para la atención de la niñez y la adolescencia, tanto a nivel nacional como local. Como parte obligatoria de dicha política deberán implementarse programas de atención médica, odontológica y psicológica gratuitos. Es un deber del padre, la madre, los representantes o responsables asegurar que las niñas, niños y adolescentes sean vacunados en forma completa y oportuna, según las indicaciones establecidas por el Sistema Nacional de Salud.

La vacunación contra enfermedades infecto-contagiosas, sean epidémicas o endémicas, es obligatoria y gratuita. Dicha actuación será realizada a través del Sistema Nacional de Salud.

Es obvio advertir la reiteración que hace esta norma de las disposiciones antes analizadas, en particular de las competencias del Sistema Nacional de Salud previstas en el artículo 25, en combinación con las obligaciones de padres, madres, representantes o responsables también expresamente estatuidas en el artículo 26.

Consideramos que los aspectos que comprende este artículo 29, por razones de técnica legislativa y para evitar la disgregación normativa de la LEPINA, han debido subsumirse en el articulado ya indicado.

En consecuencia, téngase por reproducidos en esta sección los comentarios y análisis que respectivamente hemos producido en la oportunidad de los artículos inmediatamente anteriores referidos a las competencias del Sistema Nacional de Salud y a las responsabilidades familiares para la garantía del derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes, y en particular todos aquellos que se relacionan con la promoción de la salud y las obligaciones que de ello se derivan.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 30.- Salud primaria y familiar

La atención primaria, incluyendo la salud familiar, deberá solucionar los problemas más frecuentes de la comunidad, orientándose a la prestación de servicios preventivos, curativos, paliativos y de rehabilitación, capaces de maximizar la salud y el bienestar de la niñez y la adolescencia. El Estado coordinará entre el Sistema Nacional de Salud, sus miembros y colaboradores el establecimiento de programas dedicados a la atención integral de la niña, niño y adolescente hasta los dieciocho años cumplidos, procurando la activa participación de la familia y la comunidad.

Dentro de las acciones a desarrollar, entre otras, es indispensable: la verificación y certificación del agua apta para el consumo humano, la sanidad ambiental, por medio del tratamiento de residuos humanos, animales e industriales, salud higiénica y nutricional, el control de enfermedades diarreicas y respiratorias y programas de salud sexual y reproductiva.

Aunque de alguna manera gran parte de los elementos y acciones que componen la Atención Primaria Integral en Salud –APIS– para niñas, niños y adolescentes, ya la LEPINA los ha incorporado desde la propia definición del derecho a la salud en el artículo 21, además en las obligaciones y competencias del Sistema Nacional de Salud en el artículo 25; es relevante que el concepto, naturaleza y características de la APIS se hayan conjugado de forma autónoma en una sola norma, como lo hace en este artículo 30.

Así, se comprende que El Sistema de Atención Primaria de Salud está orientado a la niñez y adolescencia, incluyendo la salud familiar y comprende cuatro grandes tipos de servicios:

1. Preventivos,
2. Curativos,
3. Paliativos, y
4. Rehabilitación.

Por tanto, para garantizar la materialización exigente de todos y cada uno de los componentes indicados, la APIS, estando a cargo del Sistema Nacional de Salud, debe desplegar acciones coordinadas con las instituciones que le conforman, colaboradores y participación activa de las comunidades que permitan el desarrollo de los programas de atención integral. Este conjunto de acciones tendrán principalmente las tareas de realizar el diagnóstico de la problemática en materia de salud en un espacio geográfico determinado con el fin de conocer y cuantificar cuáles son las enfermedades más comunes, los factores que influyen en la proliferación de determinadas patologías, los grupos más susceptibles de ser afectados y las condiciones de desarrollo de las mismas.

Por lo tanto este diagnóstico estará orientado a producir información relevante y calificada que estará a disposición de la toma de decisiones institucionales y de política de salud, el diseño de estrategias que sirvan de control para prevenir, velar y proteger la salud física y mental de la población más vulnerable, y las acciones apropiadas en cualquier situación particular que amerite intervenciones curativas a corto plazo, o paliativos asistenciales que requieran la inmediatez en forma de atención final, por ejemplo.

Involucra asimismo esta disposición legal, la participación activa de la familia y la sociedad, la cual en forma conjunta y coordinada tendrá dentro de sus funciones desarrollar mecanismos para que el agua potable sea certificación para el consumo humano, con análisis químicos, físicos y bromatológicos, con sistemas de cloración eficientes y procedimientos de desinfección. Igualmente, entre los programas dirigidos a las familias y sociedad en general se debe construir un ambiente que disponga de óptimas condiciones de higiene y salubridad, donde los desechos orgánicos e inorgánicos sean depuestos en lugares que no contaminen el medio ambiente, que los residuos químicos e industriales sean debidamente tratados con las técnicas específicas para su manejo, almacenamiento y deposición. Realizar un diseño de efectivo control en cuanto a las enfermedades diarreicas, desarrollando programas dirigidos a las niñas y madres adolescentes en el cual se dé preponderancia a la exclusividad de la lactancia materna durante los primeros seis meses de vida del bebe, como antes hemos explicado, Incluyendo la promoción de la higiene dentro y fuera del hogar, haciendo gran énfasis en el lavado de manos, manejo higiénico de los alimentos y la eliminación correcta de las excretas de los niños que ya estén afectados con los síndromes diarreicos, control eficiente y adecuado sobre los vectores responsables de la expansión de las enfermedades diarreicas y respiratorias, así como también, la administración adecuada de los medicamentos que conlleven a la eliminación de estas enfermedades.

Tales disposiciones son coherentes con el artículo 24 de la CDN, y en particular con los literales 2.b y 2.e.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 31.- Salud mental

El Estado deberá garantizar la atención de la salud mental, neurológica y psicosocial de la niña, niño y adolescente mediante la formulación de políticas públicas e implementación de programas específicos.

La internación en instituciones públicas o privadas de cualquier niña, niño o adolescente por padecimientos de origen mental, neurológico o psicosocial, deberá ser autorizada por la madre, padre o representante legal, y podrá ser revisada por la autoridad judicial competente, previa petición de la parte interesada.

Se prestará especial atención a la salud mental de las niñas, niños y adolescentes en los casos de desastres naturales u otras situaciones de vulnerabilidad.

La anterior norma asegura por una parte el derecho universal a la salud mental, la cual está rodeada de una gama de aspectos no sólo en el mero orden psicológico, sino extensibles a la atención neurológica y psicosocial.

Así, es el Estado el responsable principal de garantizar el derecho a la salud mental de los niños, niñas y adolescente y en especial los que presenten cualquier tipo de desorden psicológico severos que ameriten el internamiento como medida excepcional, para ello creará, promoverá y sostendrá mediante políticas de Estado instituciones dirigidas a tales efectos. Estos centros de salud deben estar suficientemente dotados y adecuados para atender a la población que lo requiera de forma tal que estén libres de peligros que puedan ser ocasionados por agentes externos, agentes internos o por los mismos pacientes, con probados programas de salud que

permitan la recuperación mental, y que estos sean oídos personalmente de forma tal que permitan al o a los médicos tratantes tener una idea clara de los progresos clínicos de las o los pacientes, a fin de que no permanezcan durante largo tiempo como depósitos humanos, sino que sean reincorporados a la sociedad.

Es determinante la norma en el sentido apropiado de que la permanencia en el centro de salud debe ser con la previa autorización de los padres o representante legales, lo cuales deben ser también evaluados como grupo familiar a fin de poder brindar una atención más integral al grupo en su conjunto con el objeto de determinar el origen de la alteración psicológica; y determinar si la opinión acerca del internamiento o tratamiento psiquiátrico no éste disfrazada con otro interés distintos al de su sanación. Por tanto, las restricciones a la libertad personal del paciente deben limitarse a las que sean necesarias por la situación psicopatológica y el encuadre terapéutico y no así al capricho de quien pretende deshacerse de alguien al que consideran un estorbo, porque de lo contrario se estarían violentando al menos dos derechos humanos: el derecho a la libertad y el propio derecho a la salud.

La norma expresa que la internación en Instituciones Públicas o Privadas por padecimientos vinculados a la salud mental "...podrá ser revisada por la autoridad judicial competente, previa solicitud de la parte interesada..." Al respecto debemos considerar que:

1. La autoridad judicial competente en estos casos lo es por razón de la especialidad de la materia y de los sujetos protegidos, el Juez o Juez de Protección de Niñez y Adolescencia, en la forma que los organiza la propia LEPINA y el Decreto No. 306. Reforma a la Ley Orgánica Judicial y Creación de los Juzgados y Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia
2. Por parte interesada no puede entenderse exclusivamente al niño, niña o adolescente internado, puesto que justamente podrían ser los primeros impedidos de hacer la solicitud de revisión judicial. Así, son parte interesada los padres, madres, representantes legales, responsables de la propia entidad de atención o Institución, y consideramos esta legitimación extensible a la Sociedad y formas de Asociación que crea la Ley, puesto que en aplicación del principio de corresponsabilidad, son vigilantes del cumplimiento de los derechos y garantías a los niños, niñas y adolescentes.

Por otra parte, la efectividad de atención psicoafectiva y psicosocial ha sido suficientemente comprobada en variedad de situaciones ocasionadas por impactos emocionales, familiares, sociales, naturales o de otra índole, tales como terremotos y guerras civiles; experiencias en países que han sufrido los rigores de desastres naturales, huracanes, vaguadas o deslaves, han determinado la eficacia en la recuperación de niñas, niños y adolescentes que han perdido a sus familiares, o han tenido vivencias particulares que afectan su estabilidad emocional, su desempeño personal, educativo, entre otros.

En los distintos países en los que se han transitado por estas circunstancias, la organización del Sistema de Protección en el nivel local, su capacidad específica de respuesta, en particular la

En relación a los casos de siniestro naturales o estados de peligros o riesgos inminentes, se les prestara auxilio y atención en salud mental en primer lugar a los pacientes de este grupo etario, lo cual se debe hacer preferiblemente con técnicas probadas de recuperación psicoafectiva y psicosocial, como antes hemos indicado. Esta previsión de preferencia en la prestación del servicio de atención a la salud mental de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en una situación de emergencia por las circunstancias concretas provocadas por desastres naturales u otras situaciones de vulnerabilidad constituye así una de las expresiones concretas del principio de prioridad absoluta.

existencia de las Juntas departamentales de protección o Comités locales o municipales y los programas o entidades de atención (Abrigo, Acogimiento familiar temporal, entre otros), han permitido prestar la debida protección a la población de niñez y adolescencia afectada por las situaciones generalizadas de vulnerabilidad que provocan desastres naturales, siempre que en el contenido y praxis de los mismos se encuentre incorporada la atención psicoafectiva. Estas experiencias han incorporado exitosamente la capacitación de maestras y maestros en técnicas y estrategias especiales para el tipo de atención psicoafectiva, de manera tal que la atención no se convierta en una “reclusión” o institucionalización que lejos de contribuir a recuperar la especial situación emocional y/o psicológica del niño, niña o adolescente, se convierta en una violación adicional y, por ende, en una afectación más al ya deteriorado estado de salud mental. Por ello, es demasiado importante dejar claro que la atención a la que se refiere el último inciso de este artículo 31 debe garantizar en la medida que las circunstancias propias del desastre lo permitan, en el medio social lo más normal posible, y la escuela, la comunidad, los servicios sociales básicos naturales, son factores apropiados para este fin. Al tiempo en que se desarrolla la recuperación psicoafectiva y social de niños, niñas o adolescentes en esta situación de vulnerabilidad, deben activarse los programas de reubicación familiar, porque lógicamente este es uno de los objetivos próximos de la recuperación ante la situación de vulnerabilidad.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 32.- Salud sexual y reproductiva

Todas las niñas, niños y adolescentes, de acuerdo con su desarrollo físico, psicológico y emocional, tienen el derecho a recibir información y educación en salud sexual y reproductiva, de forma prioritaria por su madre y padre.

El Estado en los ramos correspondientes garantizará la existencia y el acceso a los servicios y programas de salud y educación sexual integral para la niñez y adolescencia, con el objeto de fortalecer su realización personal, prevenir infecciones de transmisión sexual, disminuir riesgos de abuso sexual y prepararles para una maternidad y paternidad responsable en la adultez, sana y sin riesgos. Los servicios y programas implementados garantizarán y promoverán el respeto del derecho a la vida desde el instante de la concepción.

El Órgano Ejecutivo en el ramo de Educación deberá incluir la educación sexual y reproductiva como parte de sus programas, respetando el desarrollo evolutivo de las niñas, niños y adolescentes.

Remitimos a las y los lectores a las apreciaciones que formulamos respecto al embarazo precoz establecido en el artículo 24 de la LEPINA, en este mismo capítulo, ocasión en la que hicimos la vinculación o relación normativa de la Ley en la materia de salud sexual y reproductiva.

Adicionalmente es necesario apuntar que conforme a este artículo 32, se prevé el derecho de las niñas, niños y adolescentes a recibir información y educación en salud sexual y reproductiva. Este derecho contiene a su vez la determinación de los garantes, aspecto sobre el cual resulta orientador precisar que:

1. Se trata de un derecho de ejercicio progresivo, por cuanto siempre estará determinado por la evolución o desarrollo físico, psicológico y emocional de la niña, niño o adolescente. Ello es así, por cuanto la educación e información en salud sexual y reproductiva si bien es necesaria para la prevención de consecuencias perjudiciales en la vida de niñas, niños y adolescentes, tales como el abuso sexual, las enfermedades de transmisión sexual y las prácticas sexuales irresponsables; no es menos cierto que una consideración primordial es la de la adaptación de la información a la comprensión de ello según las edades y la madurez física, psicológica y emocional. De allí que sea necesaria la orientación adecuada a las familias, ya que esta función la establece la LEPINA de "...forma prioritaria por su madre y padre". No se podrá pensar, en consecuencia, que padres y madres podamos ejercer tan delicada misión cuando, por lo general, no hemos obtenido una educación sexual y reproductiva, y muchas veces menos aun, cómo informar y educar adecuadamente a nuestras hijas e hijos sobre la salud sexual y reproductiva.
2. Por lo analizado anteriormente, si bien la LEPINA estatuye la obligación del Estado en garantizar "...el acceso a los servicios y programas de salud y educación sexual integral para la niñez y adolescencia..", no basta con ello para el ejercicio adecuado de la obligación primaria de madres y padres, ni con lo establecido en el artículo 24 de la misma Ley, ni con la inclusión de los temas relacionados con la salud sexual y reproductiva en los programas educativos de niñez y adolescencia, que preceptúa el artículo 86, letra "m", reiterado en la parte in fine de este artículo 32; sino que se amerita de Programas, integrados a la política pública, destinados a la orientación e instrucción necesaria a las familias para el ejercicio de esta función informativa y educativa sobre salud sexual y reproductiva.
3. Insistimos, como antes lo hemos hecho en este mismo capítulo, en el papel que en tal sentido juegan los medios de comunicación social y por tal razón, la importancia de vincular esta disposición sobre el derecho a información adecuada a la edad y desarrollo de niñas, niños y adolescentes; con las disposiciones contenidas en los artículos 96 y 97, el primero en un sentido prohibitivo, pues se desprende de la letra "b" de ese artículo 96 la prohibición a los medios de comunicación de "...Difundir información, programas, publicidad o propaganda inadecuada o nociva para aquéllos, en medios televisivos en horarios de franja familiar." Y en el segundo en sentido positivo, pues obliga a los medios de comunicación a una prestación positiva para la garantía del derecho a información adecuada y a las necesidades educativas de la niñez y adolescencia salvadoreña. Estas prestaciones u obligaciones de los medios de comunicación, además de la regulación indicada, encuentra la debida correspondencia con la garantía secundaria o el grupo de las subcategorías garantistas sancionatorias, aunque como infracción leve en el artículo 201 de la LEPINA.
4. Es claro que conforme a este artículo 32 no se puede prohibir, so pretexto de consideraciones moralistas o de otra índole, que las niñas, niños y adolescentes busquen y reciban información

sobre salud sexual y reproductiva. Es un derecho, y por tanto, exigible y de goce y ejercicio por parte de ellas y ellos, que son sus titulares. Esta búsqueda y obtención de información, sin duda, estará regida por el desarrollo físico, emocional y psicológico, y por la debida orientación de madres, padres, representantes o responsables, en concordancia con lo que establece el encabezado del artículo 95 de la LEPINA.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 33.- Prohibición de venta o distribución de material o sustancias que puedan generar daño a la salud mental y física

Se prohíbe la venta o simple distribución a niñas, niños y adolescentes, por cualquier medio, de material pornográfico, así como de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, bebidas alcohólicas, pegamentos industriales, tabaco y otras que puedan producir adicción.

También se prohíben las acciones que faciliten el acceso, uso, posesión y portación de armas de fuego, municiones y explosivos de cualquier clase por niñas, niños y adolescentes.

Ubicado en la categoría de prohibición como forma de garantías especiales al derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes, este artículo reúne tres distintos tipos de situaciones o hipótesis de la cotidianidad que afectan sensiblemente el disfrute pleno de este derecho:

- a. La venta o simple distribución, por cualquier medio, de material pornográfico.
- b. La venta o simple distribución de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, bebidas alcohólicas, pegamentos industriales, tabaco y otras que puedan producir adicción, y
- c. Las acciones que faciliten el acceso, uso, posesión y portación de armas de fuego, municiones y explosivos de cualquier clase.

Estas diversas situaciones/prohibiciones que perjudican notablemente el derecho a la salud en niñas, niños y adolescentes no constituyen así una “prohibición en blanco”, sino que efectivamente encuentran su correspondiente sanción en la propia LEPINA, en particular en el artículo 202, como tipos de infracciones graves, en los particulares “d”: uso de productos químicos, psicotrópicos u otros con el propósito de garantizar el control y disciplina en los centros de estudios, guarderías, internamientos y lugares de acogida, ya sea, públicos o privados, de manera abusiva y sin la prescripción médica; particular “i”: venta de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, bebidas alcohólicas, pegamentos industriales, tabaco y otras que puedan producir adicción; y literal “j”: venta de armas de fuego y explosivos de cualquier clase. En cuanto a la venta o distribución de material pornográfico, se encuentra contenido, como hemos dicho, como tipo delictivo de infracción leve en el artículo 201.

Juega entonces un papel preponderante la actividad de prevención y vigilancia por parte del Sistema Nacional de Protección, para impedir o sancionar a quienes incurran en violación de estas prohibiciones. En particular, debe considerarse el procedimiento y las actuaciones de oficio o por denuncia previstas en los artículos 203 en adelante, en lo cual no profundizaremos por no ser objeto de esta obra, pero si remitimos a las y los lectores a su atención. Nótese de ello que 1) el procedimiento administrativo acuerda el recurso de revisión (artículo 211), el control judicial respectivo (Artículo 212) y la aplicación supletoria de las leyes procesales civiles, penales o de familia, según corresponda (artículo 213).

El Órgano judicial al que corresponde conocer del control de la decisión administrativa producida en razón de los tipos infraccionales contra los derechos a la salud acá analizados, es la Corte Suprema de Justicia en su respectiva Sala, por lo que debe distinguirse entre el procedimiento y la resolución administrativa por infracciones, del procedimiento que persigue como resultado la imposición de una medida de protección, pues frente a éste último la acción o recurso se intentará por ante el Juez competente que, tratándose de las medidas restitutorias de derechos que emiten un mandato de hacer o dejar de hacer, serán los Juzgados Especializados y Cámaras Especializadas de Niñez y Adolescencia, conforme a las reglas del Libro III de la LEPINA.

Título I

Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral

Capítulo II

Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 34.- Derecho a la seguridad social

Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho de ser inscritos y beneficiarse en forma prioritaria de los servicios de salud provistos por el Instituto Salvadoreño del Seguro Social cuando su madre o padre sea derecho habiente. De igual manera, las otras instituciones públicas que brindan servicios de seguridad social otorgarán la misma cobertura.

La cobertura de los servicios a las niñas, niños y adolescentes, se asumirá y desarrollará de forma progresiva y conforme a las leyes correspondientes, atendiendo a las capacidades y hasta el máximo de los recursos disponibles. Dicha progresividad será supervisada por el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia.

En caso de no ser beneficiarios, deberán ser atendidos cuando en el sistema de salud pública no existan los medios y recursos necesarios para el tratamiento médico-quirúrgico que necesiten y la emergencia así lo amerite.

A diferencia de otras legislaciones que han avanzado sobre el Derecho a la Seguridad Social de la niñez y adolescencia, conforme a la disposición internacional que le da origen, es decir,

a la CDN; la LEPINA contempla esta como un “beneficio” aunque le titula como Derecho, pues se encuentra supeditado o condicionado a un hecho no dependiente de la titularidad directa del derecho del niño o niña de que se trate, sino de una titularidad “...cuando su madre o padres sea derecho habiente...”.

Expliquemos esta afirmación que reconoce un derecho condicionado, lo que traduce una nada ligera desigualdad en la prestación del servicio de seguridad social. En efecto, la CDN es terminante y determinante al prescribir en su artículo 26.1 que “Los Estados parte reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social..” (subrayado intencional), mientras la LEPINA lo condiciona a que la madre o padre sea derecho habiente del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

Por razón de la disposición preeminente de la CDN es que países como la República Bolivariana de Venezuela (artículo 52), Ecuador (artículo 31), en sus respectivas leyes de niñez y adolescencia, han incorporado este derecho sin condicionamiento a la titularidad por parte de madres y padres. Es verdad que muchos de los que lo han consagrado aún no alcanzan la universalización de la prestación de los beneficios de la seguridad social a todas y todos los niños y adolescentes, pero también es cierto que la Ley así crea prospectivamente la obligación de avanzar en su satisfacción, elimina una discriminación aborrecible y propende progresiva y sostenidamente a la conquista de tal universalización. También es verdad que paralelamente se han desarrollado prestaciones solidarias, en donde tanto el Estado como los particulares contribuyen con las prestaciones de aquellos que no tienen las condiciones para hacerlo, garantizando así la seguridad social sin prebendas para unos, ni exclusiones para muchos.

Se entiende que un derecho humano condicionado de tal manera como acá lo trasluce la norma de la LEPINA profundiza las desigualdades, lejos de vencerlas.

En medio de esta crítica que pretende sincerar la LEPINA con el mandato internacional de la CDN, sin embargo se incluyó la cobertura del servicio de seguridad social de forma progresiva, lo cual será objeto de supervisión por parte del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

De allí que corresponda a éste ente incorporar en la Política Nacional de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia, los indicadores de seguimiento y evolución de tal cobertura de servicios que permitan ir midiendo los progresos que el Estado alcance en la materialización y efectividad de este derecho, hacia la universalización.

Un asunto práctico de importancia podría presentarse para las autoridades administrativas y judiciales del Sistema Nacional de Protección frente a la solicitud de acceso a tales servicios por parte de un niño, niña o adolescente, individual o colectivamente considerados, cuya madre, por ejemplo, no sea derecho habiente del servicio de seguro social, frente a lo cual debe determinarse la prestación del servicio de la forma en que no violente el derecho a la igualdad, a la equidad y a la justicia social. En tal circunstancia o similar, debe considerarse *iuris et de iuris* el derecho internacional de los derechos humanos y las disposiciones constitucionales al respecto, y en especial el carácter imperativo de los tratados suscritos por la República, pero probablemente constituiría un tortuoso y prolongado camino legal, que involucraría pronunciamientos de control constitucional y de legalidad, entre otros, por lo que sería adecuado resolver administrativamente la protección debida, seguramente a través de la Junta de Protección, conforme a las normas pertinentes de la LEPINA en los artículos 119 y 120.

Sabemos que no son pocos los casos en que padres o madres, o ambos no se encuentran “habilitados” para acceder a la seguridad social, por razón del tipo de situación laboral, bien como subempleados o desempleados, o por trabajar por cuenta propia, y por ende no son derecho habientes del sistema de seguridad social, por lo que ésta que ya es una situación de desigualdad (el desempleo, por ejemplo), y causa estructural de las diferencias socioeconómicas que golpean a los sectores más excluidos, se traduciría entonces en una espiral de desigualdad y discriminación para con sus hijos e hijas. Este círculo pernicioso podría ser interminable de generación en generación, perpetuando las condiciones de pobreza y exclusión. Por ello, creemos que el reconocimiento de un derecho humano (como en el presente caso), siempre debe ser de absoluto goce y efectivo disfrute, porque de lo contrario deja de ser tal derecho.

Al contrario de lo que plantea la norma, la Seguridad Social es un derecho de todas las personas y en especial de los niños, niñas y adolescentes quienes por poseer características especiales, como seres en pleno desarrollo físico, biológico, síquico y emocional, merecen la asistencia social por parte del Estado de manera exclusiva; pero con mayor énfasis este derecho debe propender al logro de la equidad, por lo que debe beneficiar en particular y con mayor garantía a aquellos casos en los cuales las desigualdades económicas no le permitan a una familia obtener los recursos para acudir a instituciones de salud privada.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 35.- Derecho a un medio ambiente sano

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a gozar de un medio ambiente sano, ecológicamente sustentable y adecuado para su desarrollo.

El Estado tiene el deber de prever en la política medioambiental, programas permanentes dirigidos a promover la participación de la niña, niño y adolescente en la protección, conservación y disfrute de los recursos naturales y reducir los riesgos resultantes de los peligros ambientales.

Asimismo, y con la cooperación de la sociedad y las familias, deberá implementar programas educativos vinculados con el manejo adecuado de los residuos sólidos, el reciclaje de basuras y el monitoreo de la calidad del agua potable suministrada a su comunidad.

Este derecho que tiene uno de sus principales orígenes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, definido como quedó allí teniendo por finalidad ontológica el derecho a la salud y a la vida misma, por cuanto todos los seres humanos que habitamos el planeta requerimos vivir en condiciones dignas y saludables, lo que sin duda incluye como agente principalísimo el medio ambiente sano, que se encuentre ecológicamente equilibrado, donde la diversidad de las especies no riñan con la supervivencia del ser humano, que las generaciones presentes y futuras dispongan de los elementos necesarios para la supervivencia, de tal forma que no se ponga en riesgo la vida de la especie en el planeta.

Infinidad de Cumbres, Grupos de Trabajo, Seminarios y Tratados Internacionales⁵³ se han manifestado sobre la urgente necesidad de frenar en lo inmediato la destrucción del medio ambiente, porque de lo contrario se encuentra en inminente peligro la sustentación de la especie humana sobre la tierra. La CDN por su parte reconoce este Derecho en su artículo 24.c como parte integrante del derecho a la salud.

Resulta una certera previsión legislativa, y más aún lo será en el desarrollo de las políticas públicas, la integración a la conciencia de la humanidad de la necesidad vital de conservación del medio ambiente desde las edades más tempranas de los seres humanos: la niñez y adolescencia. En efecto, esta novísima disposición "...de prever en la política medioambiental, programas permanentes dirigidos a promover la participación de la niña, niño y adolescente en la protección, conservación y disfrute de los recursos naturales y reducir los riesgos resultantes de los peligros ambientales" permitirá que los niños, niñas y adolescentes,

⁵³ Revisense por ejemplo el "panel intergubernamental sobre cambio climático", en <http://www.ipcc.ch/>, o el Protocolo de Kyoto sobre el cambio climático que en síntesis comprende el acuerdo internacional más trascendental en las últimas décadas que tiene por objetivo reducir las emisiones de gases que causan el calentamiento global: y que fue en principio adoptado el 11 de diciembre de 1997 en la ciudad de Kioto, Japón, demorando casi 8 años para su entrada en vigor, que ocurrió el 16 de febrero de 2005. Sin embargo, hasta ahora más de 187 Estados o países lo han ratificado, mientras que los Estados Unidos de América no lo han hecho, a pesar de ser uno de los países que emite mayor cantidad de gases causantes de las perjudiciales transformaciones del clima, con sus consecuentes desastres naturales.

adquieran conciencia de ello a temprana edad y asuman la práctica del conservacionismo de la naturaleza, de los espejos de agua dulce, de la reforestación de las áreas que han sido afectadas por la tala y la quema indiscriminada y desproporcionada, el manejo adecuado de los residuos tóxicos y la práctica permanente del reciclaje de aquellos productos que con su uso inicial no pierden su capacidad para ser reutilizado, y en fin, del equilibrio entre el desarrollo del ser humano y el de la naturaleza como un todo inseparable. El desarrollo de estos programas educativos en la etapa de la infancia donde se adquieren y fijan la mayoría de los valores, contribuye decisivamente a fomentar la cultura de la conservación de medio ambiente que habitamos.

También sobresale en esta norma legal la cooperación de la sociedad y las familias en la implementación de programas educativos vinculados con el manejo adecuado de los residuos sólidos, el reciclaje de basuras y el monitoreo de la calidad del agua potable suministrada a su comunidad. El involucrar a las organizaciones sociales, a los dirigentes comunitarios y a las familias resultará determinante en la concienciación colectiva de la preservación del medio ambiente, allanando los perjuicios fundamentales que atentan contra la vida saludable de la niñez, adolescencia y de la sociedad toda. Así pues, deben involucrarse en esta ardua tarea todos los habitantes del planeta, porque el ambiente no tiene fronteras, el daño provocado por mínimo que sea nos afecta a todos, pero especialmente aquellas personas con mayor grado de vulnerabilidad. Resultará en ese sentido plausible las acciones mancomunadas entre el Estado y la sociedad, bien a través de la Red de Atención Compartida que dentro de sus funciones tiene la de promover los derechos de niñas, niños y adolescentes (artículo 169) y de las Asociaciones de Promoción y Asistencia (Artículo 193 y 194.d), para educar y promover el derecho a un ambiente sano, sin que ello niegue la participación de otras formas de organización popular o social en una tarea que como hemos asentado nos corresponde a todas y todos.

Por su parte el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia tiene la imperiosa obligación de proponer las directrices y políticas públicas efectivas para la materialización de este derecho, lo que a su vez impone las definiciones de mecanismos a través de los cuales las niñas, los niños, adolescentes, las familias y la sociedad participarán de forma inmediata en los programas educativos, de sensibilización, promoción y defensa del derecho al medio ambiente sano.

Título I
Derechos de Supervivencia y Crecimiento Integral
Capítulo II
Salud, Seguridad Social y Medio Ambiente

Artículo 36.- Niñas, niños y adolescentes con discapacidad

La familia, el Estado y la sociedad se encuentran obligados a garantizar el goce de una vida digna y eliminar todos los obstáculos físicos, urbanísticos, arquitectónicos, comunicacionales, de transporte, sociales, económicos y culturales, que impidan a las niñas, niños y adolescentes con discapacidad acceder a los servicios de salud. El acceso a la salud comprende la prevención, la atención, la rehabilitación, los programas de apoyo a las familias y las demás acciones encaminadas a su desarrollo integral.

Para el acceso a la salud se deberán tomar en cuenta los siguientes aspectos:

- a) Los centros de salud públicos y privados están obligados a realizar las pruebas diagnósticas que permitan la prevención, detección temprana, referencia y contra referencia oportuna en la red de servicios;
- b) Se deberán crear los planes y programas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuados;
- c) La red hospitalaria nacional deberá mantener información estadística actualizada que permita referir los casos de discapacidad a las instituciones respectivas;
- d) Capacitación del personal médico y de asistencia para la adecuada atención de la niñez y adolescencia con discapacidad;
- e) Suficiente y adecuado equipo e infraestructura; y,
- f) Programas de atención integral en los cuales se incorpore a la familia.

Las niñas, niños y adolescentes con discapacidad, o con retos extraordinarios para su desarrollo integral y el goce de la vida de forma digna y en las mejores condiciones de humanidad, ameritan de la protección especial de toda la sociedad, además de que les son propios los derechos consagrados para la niñez y adolescencia, le son reconocidos derechos adicionales por su condición especial, máxime cuando la cultura tradicional de las propias familias y las instituciones ha rodeado a esta población de serios obstáculos que impiden su desarrollo excepcional y el disfrute de sus derechos de forma acorde con la dignidad humana.

La LEPINA ha expresado de forma contundente la garantía de una vida digna para la niñez y adolescencia con discapacidad, obligando para ello al Estado, la Familia y la Sociedad a eliminar aquellos obstáculos físicos, urbanísticos, arquitectónicos, comunicacionales, de transporte, sociales, económicos y culturales, que impiden su acceso a los servicios de salud. A partir de esta primera regla particular que encabeza el artículo 36 de la Ley, no cabe duda que deben producirse serias transformaciones en todos los órdenes indicados, que involucren igualmente un cambio cognitivo y de la cosmovisión en que comúnmente organizamos los servicios sociales básicos. Así, los hospitales, Centros de Salud públicos y privados, los servicios que los componen, tales como los de oftalmología, odontología, cirugía pediátrica, hospitalización, por tan sólo indicar algunos, deben adecuar su infraestructura

física y sus implementos de atención médica, a las características especiales de las niñas, niños y adolescentes con alguna forma de discapacidad.

La CDN, en su artículo 23, en tal sentido expresa que El Estado asegurará protección especial y el disfrute pleno y digno de los derechos y de la vida plena de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren impedidos física o mentalmente, o con alguna otra discapacidad. Para tal fin, la CDN alienta a que se garanticen de forma gratuita todas las condiciones requeridas a estos niños, niñas y adolescentes, empleando todos los medios, recursos, medidas, políticas y programas acordes con su condición y con su dignidad humana, así como asistencia y apoyo adecuado a los responsables de su cuidado y crianza; que aseguren el acceso efectivo a la educación, capacitación, servicios sanitarios, de rehabilitación, esparcimiento, entre otros servicios necesarios para que el niño, niña o adolescente impedidos logren su integración y desarrollo social e individual.

Esta norma del Derecho Internacional sin duda ha motivado el desarrollo legislativo de la LEPINA en su artículo 36, pues a todas luces no sólo se circunscribe a la atención, sino que la extiende a los procesos de rehabilitación y a programas de apoyo a las familias, acotando "...las demás acciones encaminadas a su desarrollo integral", lo cual explica el carácter amplísimo de los programas y proyectos que autoriza la norma con el fin de garantizar la vida digna y el desarrollo integral de la niñez y adolescencia con discapacidades. Seis particulares se desarrollan en la norma para garantizar el derecho de acceso a la salud en tal sentido:

- **El primero de ellos, obliga por igual Centros de Salud Pública y Privados en una tarea médico-científica**, que consiste en la realización de pruebas que permitan la prevención, detección temprana, referencia y contra referencia oportuna en la red de servicios. En efecto, esta tarea de atención primaria es de carácter obligatorio que podrían incluso impedir el desarrollo de malformaciones o anomalías en muchas niñas, niños y adolescentes si se les previene a tiempo, actuando consecuentemente en las referencias y contra referencias necesarias que permitan abordar de forma especializada la situación detectada. Nótese el uso del imperativo "están obligados" utilizado en esta letra "a".
- **El segundo particular ("b"), establece el deber de implementación de planes y programas de prevención, tratamiento y rehabilitación adecuados, lo cual abre un campo exigente en salud**, vistas las diferentes patologías en las discapacidades, tales como insuficiencias para la comunicación, motrices, mentales, entre otras, y considerando la evolución de la definición y efectos de las discapacidades en el concierto de los Tratados y Resoluciones Internacionales, especialmente a través de la OMS que ha llevado a una visión actual avanzada, desde la perspectiva de los derechos humanos, que acentúa principalmente la interacción de las personas discapacitadas con su ambiente y con el resto de la sociedad, por lo que, valga redundar, el acento principal se encuentra en el papel de la sociedad, las condiciones que establecemos la mayoría en detrimento de una minoría. Así, en esta gama de situaciones que van desde la temporalidad de la discapacidad, hasta las más severas, los planes y programas de prevención, tratamiento y rehabilitación deben abordar las diferentes formas o tipos en que se presentan, pero principalmente el abordaje social, familiar y comunitario frente a las niñas, niños y adolescentes con discapacidades.
- **El tercer particular de esta norma, dirigido a la red hospitalaria pública obliga a mantener información estadística actualizada que permita referir los casos de discapacidad a las instituciones respectivas.** En razón de esta disposición, los hospitales deben crear un sistema estadístico particular sobre los casos de discapacidad, desagregando entre

otros los indicadores de edad, tipo de discapacidad, atención y rehabilitación, situación socioeconómica y cultural de las familias, pues no se trata sólo de establecer datos cuantitativos, sino todos aquellos que permitan y sean insumos adecuados para las instituciones especializadas de atención definitiva y permanente de casos.

- **El literal “d” se enfoca en la necesidad de la atención de calidad**, estableciendo la capacitación del personal médico y de asistencia. Esta capacitación creemos que además de incorporar los contenidos técnicos y científicos necesarios para la atención, debe incorporar los de derechos humanos que acrediten la calidad humana de la atención, y no sólo la calificación médica o auxiliar, pues el cambio cognitivo y la cosmovisión de la niñez y adolescencia como sujetos humanos, con necesidades particulares y derechos especiales, redundará en una práctica integral de la atención, y no una mera visión de paciente.
- Acerca de los dos últimos particulares de esta norma, ya hemos detallado en este mismo análisis.

En cuanto a la ubicación del derecho a la atención y protección especial de la niñez y adolescencia con discapacidades, es inevitable insistir en la visión que hasta ahora hemos vertido a lo largo del presente capítulo, cual es la necesidad de la supervisión y activación de los órganos de protección especial, en particular de las Juntas departamentales de Protección para la determinación de responsabilidades administrativas, cuando las hubiere, y de las personales, también si existieren, en aquellos casos en donde además se amerite dictar una medida de protección por insuficiencia, negación o menoscabo del derecho a la atención integral de salud a niñas, niños o adolescentes con discapacidades.

Capítulo VI

LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN

-La Protección Especial en la LEPINA-

I. Introducción necesaria

Aunque podría parecer a simple vista una afirmación innecesaria, es preciso indicar que el Título II de la LEPINA destinado a DERECHOS DE PROTECCION, es el segundo del Libro Primero, y de las cuatro categorías de Derechos titulados en forma plural. En efecto, como se nota de los Títulos I “Derechos de Supervivencia”, del Título III, “Derecho de Desarrollo” y Título IV “Derecho de Participación”, los dos últimos indicados están escritos en forma singular (“Derecho”), mientras los dos primeros en forma plural. Atribuible a un desliz o a una motivación que no logramos determinar.

Al respecto, es necesario reafirmar que de las cuatro categorías de Derechos para la codificación y reconocimiento de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, los de Supervivencia, Desarrollo y Participación son derechos Plurales, por dos razones que ya hemos explicado en el Capítulo II de esta obra: 1) **Por razón de los sujetos protegidos**, ya que son universales, en el sentido que son categorías para todas y todos los niños y adolescentes, es decir, están formulados para el alcance universal de la niñez y adolescencia salvadoreña. Todos los sujetos niñas, niños y adolescentes están protegidos en todos los derechos. La universalidad así tiene su base fundamental en la igualdad y no discriminación. Por tanto, el Derecho a la Educación que es de una niña, también lo es de todas las niñas, niños y adolescentes, igual el de la familia, el de la vida, el de la Recreación, Opinión, Asociación, etc, y 2) **En razón de los derechos protegidos y reconocidos**: Se Reconocen y protegen derechos, no personas, sino derechos en cuanto a los sujetos titulares. No se protegen situaciones, sino derechos en forma universal y amplia, tanto en cantidad como en calidad. Contienen así una gama plural, numerosa, múltiple de derechos. Téngase en cuenta de esa forma la cantidad de derechos que comprende cada categoría: el Derecho a la familia, el derecho a la vida, el derecho a la identidad y registro Civil, el Derecho a la Educación, cultura, recreación. No ocurre lo mismo en la Protección Especial, ya que esta categoría es una formulación singular, por las mismas razones por las que las tres categorías restantes lo son en sentido plural, es decir: 1) **En razón de los sujetos**, por cuanto no está dirigida a todas y todos los niños y adolescentes, sino a los que se encuentran en una situación de vulnerabilidad especial, amenazados o violentados en sus derechos universales. No todas las niñas y niños salvadoreños, por ejemplo, se encuentran trabajando, ni maltratados, o torturados ni privados de libertad, y 2) **En razón de los Derechos protegidos y reconocidos**, por cuanto en la protección especial no se reconocen una gama de derechos, sino una gama de situaciones adversas, perjudiciales o vulnerantes de los derechos. Por tanto si es verdad que son múltiples situaciones, incluso más allá de las que la ley describe, es también cierto que se protege un solo derecho (y aunque parezca un pleonismo), se reconoce el derecho (en singular) a estar protegido frente o contra cualquier situación que violente, vulnere o amenace o menoscabe sus derechos humanos. Por tanto, Supervivencia, Desarrollo y Participación son derechos plurales, mientras que Protección Especial es singular. Así, niñas y niños que se encuentran trabajando, están en una “situación” no en un derecho, situación que violenta sus derechos a la educación, recreación, salud, etc, y frente a tal circunstancia tienen un derecho, el de estar protegidos de forma especial, igual sucede con las niñas o niños que son maltratados, pues el maltrato es una situación contraria al derecho a la integridad física, moral y mental, pero tienen el mismo derecho, que es el de estar protegidos frente a esa situación.

Así, creemos importante graficar esta afirmación crítica, a los efectos de que los operadores de justicia tengan una visión descriptiva:

	EN RAZON DE LOS SUJETOS PROTEGIDOS	EN RAZON DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS
	SON PLURALES:	
DERECHOS DE SUPERVIVENCIA, DESARROLLO Y PARTICIPACION	Son universales, en el sentido que están formulados para el alcance universal de la niñez y adolescencia salvadoreña. Todos los sujetos niñas, niños y adolescentes están protegidos en todos los derechos. La universalidad así tiene su base fundamental en la igualdad y no discriminación. Por tanto, el Derecho a la Educación que es de una niña, también lo es de todas las niñas, niños y adolescentes, igual el de la familia, el de la vida, el de la Recreación, Opinión, Asociación, etc.	Se Reconocen y protegen derechos, no personas, sino derechos en cuanto a los sujetos titulares. No se protegen situaciones, sino derechos en forma universal y amplia, tanto en cantidad como en calidad. Contienen así una gama plural, numerosa, múltiple de derechos. Téngase en cuenta así la cantidad de derechos que comprende cada categoría: el Derecho a la familia, el derecho a la vida, el derecho a la identidad y registro Civil, el Derecho a la Educación, cultura, Opinión, etc.
	ES SINGULAR	
	No se dirige a todas y todos los niños y adolescentes, sino a los que se encuentran en una situación de vulnerabilidad especial, amenazados o violentados en sus derechos universales. Tiene su base en la equidad o llamada discriminación positiva como corrección y restitución de lo que la universalidad no logra alcanzar, o de situaciones de vulnerabilidad específicas de un sujeto o varios sujetos determinables individualmente. No todas las niñas y niños salvadoreños, por ejemplo, se encuentran trabajando, ni maltratados, o torturados ni privados de libertad.	Se describen situaciones que atentan contra Derechos Humanos, es decir, no se reconocen una gama de derechos, sino una gama de situaciones adversas, perjudiciales o vulnerantes de los derechos. Se trata, por tanto de múltiples situaciones, incluso más allá de las que la ley describe, frente a las cuales se protege un solo derecho: el de estar protegido frente o contra cualquier situación que violente, vulnere o amenace sus derechos humanos. Por ejemplo, Niños trabajadores, están en una situación que violenta entre otros el derecho a la educación, a la salud, a la recreación.

II. La Protección Especial en la LEPINA:

1. Desarrollo y Estructura normativa.

Por las mismas razones que hemos analizado, vale advertir que en el Capítulo I del Título II sobre Derechos de Protección, la LEPINA ha incorporado “derechos” que no son situaciones que dan lugar a la Protección Especial, sino que más bien se sitúan dogmática y jurídicamente en los grupos de derechos universales, bien de Supervivencia, ya de Desarrollo o bien de Participación. Estos son los casos de los siguientes artículos:

Artículo 37 sobre Derecho a la Integridad Personal, que corresponde a los derechos de Supervivencia.

Artículo 42 acerca de la Libertad de Tránsito, que se sitúa en los Derechos de Desarrollo.

Artículo 45 sobre Reunificación Familiar que, aunque vinculado a la Protección Especial, se ubica en los derechos de Desarrollo.

Artículo 46 que reconoce los Derechos al honor, vida privada, imagen e intimidad, que corresponde a los derechos de Desarrollo.

Artículo 49 Derechos de refugio y asilo, que aunque también vinculado a la protección especial corresponde a los Derechos de Supervivencia.

Artículo 50 Defensa material de sus derechos, o Derecho a la defensa de los Derechos, que corresponde a los derechos de participación.

Artículo 51 Derecho de acceso a la justicia, que corresponde a los Derechos de Participación.

Artículo 52 Derecho al debido proceso, aún vinculado a la protección especial por la individualización de la situación, corresponde a los derechos de participación.

Se denota de todos ellos, incluso en la forma técnico-legislativa en que se encuentran redactados, que no se trata de derecho de protección, ya que no se están destinados a la regulación de situaciones concretas de violación o amenaza de derechos a niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, por lo que no encuadran ni se subsumen en una situación de hecho objetiva que configure una regla determinada de protección especial, sino de “...Todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a...” tal o cual cualidad subjetiva de derecho. Léase como uno de estos ejemplos el Derecho a la Integridad Personal, que reza:

“Artículo 37.- Derecho a la integridad personal

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, la cual comprende la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual.

En consecuencia, no podrán someterse a ninguna modalidad de violencia, tales como el abuso, explotación, maltrato, tortura, penas o tratos inhumanos, crueles y degradantes.

La familia, el Estado y la sociedad deben proteger a las niñas, niños y adolescentes de cualquier forma de explotación, maltrato, tortura, abuso o negligencia que afecte su derecho a la integridad personal. “

El último inciso, si bien establece la protección, lo hace como garantía universal, pues los subsiguientes artículos (38, 39 y 40), se encargan de describir las situaciones de protección especial.

De esa forma, todo indica que el artículo 37 ha debido ubicarse como parte de los Derechos de Supervivencia. Igual suerte han debido correr el resto de Derechos Universales enunciados anteriormente, ubicándolos en la categoría correspondiente, como también se ha indicado, y no en el Capítulo de Derecho de Protección Especial.

Probablemente al legislador de la LEPINA le haya animado la intención de optar por una secuencia próxima de los Derechos Universales, a las formas de Protección Especial. Así, notamos, por ejemplo, que luego de la definición, naturaleza y alcance del Derecho a la Integridad personal, conseguimos inmediatamente después las formas de protección especial a aquél derecho, igual sucede en el caso de la Libertad de Tránsito (artículo 42), en donde subsiguientemente (artículos 43, 44 y 45), se encuentran contemplados los contenidos normativos, restricciones legales y mecanismos de protección especial frente a la libertad de tránsito, y así sucesivamente sucede con los Derechos al honor, imagen, vida privada e intimidad, la Defensa material de los derechos, etc. Si esa fue entonces la intención y propósito lógico del legislador, debió serlo para el resto de los derechos de Supervivencia, como la vida, el nivel de vida digno, la Salud, etc, lo cual no ocurre ni en esta categoría ni en las subsiguientes de Desarrollo y Participación, y sólo se nota en los derechos que hemos indicado. En todo caso, tal disgregación podría resultar contraproducente en el entendimiento y al final hacer menos inteligible la percepción y alcance de la protección especial, generando confusiones entre derechos subjetivamente acordados y reconocidos, y formas de protección especial, pues, como hemos explicado suficientemente a lo largo de la presente obra, unos –los derechos- constituyen titularidades subjetivas reconocidas y exigibles universalmente a todas y todos los niños y adolescentes, mientras que los otros –la protección especial- constituyen situaciones objetivas que violentan a los primeros.

Hechas las consideraciones anteriores, veamos en detalles la estructura normativa contenida en la LEPINA para la Protección Especial, y analicemos sus contenidos, naturaleza y alcance.

En dos Títulos, cada uno con un Capítulo, la LEPINA desarrolla LOS DERECHOS DE PROTECCION, de la siguiente manera:

Título II. Derechos de Protección

Capítulo I. Integridad Personal y Libertad

- Artículo 37.** Derecho a la integridad personal
- Artículo 38.** Protección frente al maltrato
- Artículo 39.** Protección frente a la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes
- Artículo 40.** Protección frente a la privación de libertad, internamiento e institucionalización
- Artículo 41.** Protección frente a la trata de niñas, niños y adolescentes
- Artículo 42.** Libertad de tránsito
- Artículo 43.** Protección especial frente al traslado y retención ilícitos
- Artículo 44.** Viajes fuera del país
- Artículo 45.** Derecho de reunificación Familiar
- Artículo 46.** Derechos al honor, imagen, vida privada e intimidad
- Artículo 47.** Prohibiciones específicas frente a la utilización de la imagen y afectación de la intimidad personal de niñas, niños y adolescentes
- Artículo 48.** Derecho de rectificación o respuesta
- Artículo 49.** Derechos de refugio y asilo
- Artículo 50.** Defensa material de sus derechos
- Artículo 51.** Derecho de acceso a la justicia
- Artículo 52.** Derecho al debido proceso
- Artículo 53.** Garantía de reserva
- Artículo 54.** Protección especial en casos de desastres y conflictos armados
- Artículo 55.** Protección frente al abuso y explotación sexual
- Artículo 56.** Protección contra otras formas de explotación

Capítulo II. Protección de la Persona Adolescente Trabajadora

- Artículo 57.** Protección frente al trabajo
- Artículo 58.** Derecho a la protección en el trabajo
- Artículo 59.** Edad mínima para el trabajo
- Artículo 60.** Jornada de trabajo
- Artículo 61.** Relación del trabajo con la educación
- Artículo 62.** Aprendizaje y formación técnico-profesional...
- Artículo 63.** Previsión y seguridad social
- Artículo 64.** Trabajo doméstico
- Artículo 65.** Discapacidad y trabajo
- Artículo 66.** Registro de adolescentes trabajadores
- Artículo 67.** Credencial para el trabajador
- Artículo 68.** Examen médico
- Artículo 69.** Inspección y Supervisión
- Artículo 70.** Denuncia
- Artículo 71.** Protección Judicial

Derecho a la Integridad personal y libertad. Consideraciones y Análisis

Como previamente hemos explicado, la LEPINA consagra en el Capítulo I del Título II del Libro Primero, 6 artículos dirigidos a la integridad personal de las niñas, niños y adolescentes. El primero de ellos definitorio del Derecho:

- **Artículo 37:** Derecho a la integridad personal.

Los subsiguientes artículos destinados, por su contenido, a la protección especial del derecho a la integridad personal, en diversas hipótesis de amenazas o violación, cuales son:

- **Artículo 38:** Protección frente al maltrato.
- **Artículo 39:** Protección frente a la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes.
- **Artículo 40:** Protección frente a la privación de libertad, internamiento e institucionalización.
- **Artículo 41:** Protección frente a la trata de niñas, niños y adolescentes.
- **Artículo 55:** Protección frente al abuso y explotación sexual.

Notamos, de forma evidente que en la lógica utilizada en este Capítulo, el artículo 55 debió ser el 42, si el objeto que se quería era la secuencia lógica de protección especial a la integridad personal, pero además por cuanto el propio artículo 37 en la definición y alcance del derecho sustantivo, incluye la integridad sexual como parte de la integridad personal.

De tal forma que un esquema que facilita el estudio del derecho a la Integridad Personal y las consecuentes situaciones de protección especial, sería el siguiente:

DERECHO Y PROTECCION ESPECIAL A LA INTEGRIDAD PERSONAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	
EL DERECHO	
Artículo 37.- Derecho a la integridad personal	
Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se respete su integridad personal, la cual comprende la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual.	
En consecuencia, no podrán someterse a ninguna modalidad de violencia, tales como el abuso, explotación, maltrato, tortura, penas o tratos inhumanos, crueles y degradantes.	
La familia, el Estado y la sociedad deben proteger a las niñas, niños y adolescentes de cualquier forma de explotación, maltrato, tortura, abuso o negligencia que afecte su derecho a la integridad personal.	
LA PROTECCIÓN ESPECIAL	

Artículo 38.- Protección frente al maltrato El Estado tiene la obligación de establecer políticas públicas y programas para la prevención, atención y erradicación del maltrato y el abandono físico y emocional de las niñas, niños y adolescentes.

Se entiende por maltrato, toda acción u omisión que provoque o pueda provocar dolor, sufrimiento o daño a la integridad o salud física, psicológica, moral o sexual de una niña, niño o adolescente, por parte de cualquier persona, incluidos sus padres, madres u otros parientes, educadores y personas a cargo de su cuidado, cualesquiera que sean los medios utilizados.

Se considera asimismo como maltrato el descuido en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la prestación de alimentación nutritiva y balanceada, atención médica, educación o cuidados diarios y la utilización de las niñas, niño y adolescentes en la mendicidad.

El Estado garantizará la creación de programas dedicados a la atención y auxilio de aquellas familias que debido a la falta de recursos económicos no pueden cumplir por sí mismas con las obligaciones antes señaladas.

Las niñas, niños y adolescentes deben ser tratados con respeto a su persona e individualidad y no pueden ser sometidos a castigos corporales, psicológicos o a cualquier otro trato ofensivo que atente contra su dignidad, sin perjuicio del derecho de la madre y padre de dirigirlos, orientarlos y corregirlos moderada y adecuadamente.

Artículo 39.- Protección frente a la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes

Ninguna niña, niño o adolescente puede ser sometido a tortura, desaparición forzada, tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Se prohíbe el uso abusivo y sin la prescripción médica extendida por un profesional de la salud especializado y con autorización suficiente para tales efectos, de cualquier producto químico, psicotrópico y otras sustancias de las familias de las anfetaminas que tengan por efecto la alteración de los estados anímicos de las niñas, niños y adolescentes, con el propósito de garantizar el control y disciplina en los centros de estudios, guarderías, internamientos y lugares de acogida, ya sean, públicos o privados.

El Estado debe garantizar la existencia de programas de prevención y atención a las niñas, niños y adolescentes víctimas de los delitos antes señalados, debiendo mantener una vigilancia especial en los lugares y centros de internamiento y de aquéllos donde se resguarden a las niñas, niños y adolescentes.

Artículo 40.- Protección frente a la privación de libertad, internamiento e institucionalización

Todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a no ser privados de su libertad, de forma arbitraria o ilegal sin más límites que los que la Ley determine.

Cualquier medida de privación de libertad, internamiento o de institucionalización de niñas, niños o adolescentes, que sean tomadas por las autoridades competentes, tendrán carácter excepcional y deberán estar debidamente fundamentadas y deberán respetar los plazos previstos por la Ley. En ningún caso podrá recluirse a adolescentes en centros de detención policiales o penitenciarios de personas adultas.

Artículo 41.- Protección frente a la trata de niñas, niños y adolescentes

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser protegidos frente a la trata de personas.

Se entenderá por trata, la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de niñas, niños o adolescentes, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder, o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una niña, niño y adolescente o de aquella persona que tenga autoridad sobre éstos, con fines de explotación. Esta explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas de la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

En el marco del desarrollo de las políticas públicas de la niñez y adolescencia, el Estado deberá establecer y desarrollar acciones y medidas que permitan: la atención y protección de las niñas, niños y adolescentes migrantes y el desarrollo de planes de cooperación internacional para el retorno de personas.

Artículo 55.- Protección frente al abuso y explotación sexual

Todas las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser protegidos contra el abuso y explotación sexual.

Para efectos de la presente Ley, se entiende por:

- a) Abuso sexual, toda conducta tipificada en el Código Penal, que atente contra la libertad e integridad sexual de una niña, niño o adolescente para sacar ventaja o provecho de cualquier clase o índole; y,
- b) Explotación sexual, cualquier forma de abuso sexual mediante retribución en dinero o en especie, con intermediación o sin ella, existiendo o no alguna forma de proxenetismo.

La utilización, reclutamiento u oferta de niñas, niños y adolescentes para la prostitución, la producción o actuación pornográfica, deberán considerarse como casos de abuso y explotación sexual.

El Estado debe garantizar programas permanentes y gratuitos de prevención y atención integral de las niñas, niños y adolescentes abusados.

Analicemos el conjunto de las precedentes normas, de tal manera que permitan la mejor, más sensata y efectiva implementación de la protección integral de las niñas, niños y adolescentes a la integridad personal, es decir una interpretación que en su implementación no segmente la protección en sí misma, evitando así el error que en algunas prácticas del Sistema de Protección de otros países, se ha convertido en “modelo”, el cual parte de la idea de que la protección especial (es decir la atención final), constituye el todo de la protección integral, bastándose así con la implementación de programas de atención (por ejemplo contra el maltrato, el abuso sexual, etc), para sentirse satisfechos, sin trascender a la visión universal de las políticas de protección integral (Acciones de prevención primaria). Esta idea sesga fácilmente al abandono de las políticas universales de protección a la integridad personal, emplea el máximo de recursos en la atención de las y los niños violentados en su integridad, sin atender las causas sustanciales de los conflictos sociales (por cierto multicausales y multifactoriales), engrosando las filas de los “atendidos” año tras año, sin entender que la mayor cantidad de niñez y adolescencia atendida en el plano reactivo o final, es una variable evidente de las falencias o ausencias en las políticas universales de protección integral. Por el contrario, si la política social activa de derechos humanos integrada y bajo el principio de especialidad para la niñez y adolescencia, es efectiva en la prevención primaria; se reducirán considerablemente las “intervenciones” finales o terciarias.

Por tanto, y también para facilitar la comprensión deseada, analizaremos el Capítulo I del Título II, en forma de bloques, que permitan las consideraciones del Derecho sustantivo con las subsiguientes de la protección especial referidas al derecho analizado.

2.1 El derecho a la integridad personal:

El Artículo 37, que ya hemos copiado, determina de forma amplia los elementos de los que está compuesta la integridad personal de niñas, niños y adolescentes, expresando así que está comprendida por la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual.

En el Informe Mundial sobre violencia contra niñas y niños⁵⁴ se destaca (entre todos los aspectos de interés que contiene), como un problema global el uso de las distintas formas de violencia en los ámbitos nacionales e internacionales, la fragilidad de la niñez y adolescencia ante ellas, la ausencia de regulaciones severas para combatirla y los entornos en que se produce la violencia.

Justamente, sobre el tema que nos ocupa, el Informe en cuestión desarrolla significativamente la exploración realizada en los países de la Región de ALC sobre las formas de atentados y violaciones a la integridad personal de la niñez y adolescencia, expresando así que “Describir las diferentes experiencias de violencia que sufren los niños y niñas está lejos de ser sencillo. Ciertas formas de violencia son comunes en todos los entornos. El castigo físico y otras formas de castigo cruel o degradante son empleados por padres y madres y otros miembros de la familia en el hogar, por los responsables del cuidado y protección de los niños y niñas en instituciones, por educadores en las escuelas y también se infligen a niños y niñas en conflicto con la ley. En los lugares de trabajo donde se encuentran niños y niñas que no alcanzan la edad mínima legal para trabajar, los empleadores a menudo gozan de impunidad para castigarlos físicamente por su rendimiento inadecuado. En la comunidad, un niño o niña que es identificado como vagabundo o “antisocial” puede ser golpeado o maltratado de otra manera, con total impunidad, por agentes de la autoridad, incluida la policía. Los niños y

54 ONU, Paulo Sergio Pinheiro.

niñas explotados sexualmente frecuentemente describen el tratamiento violento que reciben por parte de los explotadores como si fuera algo que merecieran..."⁵⁵

La amplia definición contenida en el artículo 37 de la LEPINA sobre la integridad física permite encuadrar típicamente las diversas manifestaciones de la violencia cometida contra niñas, niños y adolescentes, por la inclusión de los ámbitos y formas de expresión de la violencia que contiene, luego que en su definición ha incluido la integridad física, psicológica, cultural, moral, emocional y sexual, en el párrafo subsiguiente declara categóricamente la prohibición que el concepto trae como efecto, indicando que "...en consecuencia no podrán someterse a ninguna modalidad de violencia, tales como el abuso, explotación, maltrato, tortura, penas o tratos inhumanos, crueles y degradantes...". El uso de la expresión "no podrán someterse a ninguna modalidad de violencia" que hemos subrayado intencionalmente, y la descripción sólo enunciativa de algunas de esas modalidades, connota sin lugar a dudas que el legislador comprendió en la más amplia acepción las formas de violencia que trasciende la mera simplicidad tanto en sus manifestaciones como en sus efectos. Por ello, no dudamos en orientar que los dos primeros párrafos de la norma en comento conciben la integridad personal y la violación de esta desde un ángulo jurídico-social complejo y estructural.

Es muy importante entonces que los operadores administrativos y judiciales de la LEPINA consideren que esta amplísima conceptualización y alcance de la integridad personal está consustanciado con la comprensión de las formas en que se violentan a niñas, niños y adolescentes, el círculo de violencia que encierra la sociedad actual, ocupando casi un lugar común que "...nos ha condicionado a la violencia es el que la hemos convertido no sólo en expresiones, sino en lugares comunes de la vida, que lamentablemente acompaña, nuestros quehaceres y vivencias..."⁵⁶

Por ello, frente a una violación de la integridad personal de un niño o niña, o un adolescente, es necesario repasar nociones profundas que permitan dar respuestas jurídico-sociales de la misma dimensión o profundidad.

Ahondemos en esas nociones, a riesgos de parecer impertinentes y tediosos, citando la publicación del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela⁵⁷ en sus aspectos más resaltantes, de la siguiente forma:

"Paratrascenderelconceptoquepodemosdenominar"personalizado"o"personalizante" de la violencia, es necesario ahondar en las causas sustanciales o estructurales de la violencia, en donde evidentemente, los comportamientos también trascienden la esfera individual de la violencia. Así, la violencia impacta a la sociedad entera, a los países o naciones, a la humanidad entera, generada por causas estructurales. Trascendiendo la definición "personalizada" de la violencia, también trascenderemos la visión en que la combatimos, pues ya no se tratará simplemente de entender la delincuencia, por ejemplo, como una expresión genuina de la violencia, y por tanto, como una visión desamparada de las causas sociales que le acompañan. Al abordar una visión compleja de lo estructural, también abordaremos salidas estructurales que impacten en los elementos supremos del delincuente portador de la violencia personal.

55 ONU. Ob cit, pag 7

56 Buaiz, Yuri . Tribunal Supremo de Justicia: "Violencia y Mediación en el marco de los Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes". Pag 3

57 Buaiz, Yuri, Ob Cit.

Galtung, ⁵⁸ al referirse a la profundidad del concepto y las formas de manifestación de la violencia, señala que es la desigualdad la que se encuentra detrás de las expresiones de la violencia, identificándola como impedimentos o imposibilidades de la persona, en su realización como tal persona humana, debido a una serie de fenómenos que se pueden evitar, entendemos, generando condiciones de igualdad social. Son esas carencias sociales, económicas, culturales, es decir, las desigualdades abismales del mundo cada vez más desigual e injusto, las que generan una cadena de reacciones en el desarrollo de la vida personal y colectiva que, como veremos más adelante, se comportan en forma de círculo permanente o pirámide en escala de la que se generan los restantes comportamientos violentos. Es decir, apartándonos de los conceptos tradicionales de carácter individualizador de la violencia, existe una inmediata relación de las causas estructurales o de la violencia estructural con el resto de los comportamientos o tipos violentos dentro de una sociedad...."

"....el Centro Internacional para el Desarrollo del Niño del UNICEF (1997) favorece la visión de tres amplias categorías de trato injusto:

- "Extraordinario", que afecta a un número pequeño de niños, niñas o adolescentes, por ejemplo, el homicidio.
- "Grave": que afecta a un número mayor pero aún minoritario de niños, niñas y/o adolescentes.
- "Pandémico", como el castigo físico y psicológico que afecta a la gran mayoría de los niños, niñas y adolescentes.

El Círculo de la Violencia

Para entender las causas reales de la violencia, como forma también de armar las estrategias apropiadas para minimizarla o combatirla, no basta con una mirada individual del problema, cuando ciertamente estamos en presencia de un fenómeno estructural que se comporta de forma multívoca en la vida de las personas, y en el colectivo de las sociedades. Entender la violencia como la sola expresión causal de la persona o personas que la infringen es contribuir a que permanezcan ocultas las causas reales que conducen a los portadores de la violencia a una determinada conducta. Por ello, entendemos que, en general, la violencia no es expresión individual de quien la porta, sino que principalmente está adminiculada a múltiples factores que en los más de los casos tienen su explicación en un complejo estructural social, cultural, ideológico, sociopolítico o económico.

El círculo de la violencia cuenta con la presencia de, al menos, tres grandes componentes causales:

- 1) Estructural,
- 2) Socio-familiar o intermedio, e
- 3) Individual o expresión consecucional.

58 Galtung, J. Cultura de paz y gestión de conflictos, 1998.

Con estos tres grandes componentes causales que aplican para la violencia en general, podemos entender con mayor facilidad, en el caso de los niños, las vertientes en que se expresan las causas y cómo de esa forma opera la "violencia en círculo", también, en tres direcciones:

En los servicios, instituciones y tratamiento jurídico-social de la niñez: que corresponde a la causa estructural del círculo mayor de la violencia

En los diferentes ámbitos del espacio social (familiar, escuela, comunidad) en los que el niño se desenvuelve y con quienes tiene relaciones humanas y sociales.

A lo largo del desarrollo evolutivo (niñez víctima que se vuelve violenta)

La visión general del problema no debe ser limitada. Víctimas y victimarios están inmersos en una rueda, un círculo inagotable, cuyos modelos conductuales son rectorizados por la violencia misma, sin querer que esta afirmación se transforme en un óbice para ocultar la dramática situación de los niños, niñas y adolescentes. El círculo de la violencia se comporta y comparte sus consecuencias con todos y para todos,

El círculo de la violencia es un concepto poco sencillo. A continuación se examinan brevemente sus componentes causales:

El Círculo Estructural de la Violencia:

La Expresión causal de la violencia estructural es la que aparece menos visible, o si se prefiere, permanece oculta. Por ello muchos autores coinciden en que se trata de una forma encubierta de la violencia, de tipo o carácter sistémica.

Como hemos explicado antes, no se trata de una acción violenta directamente apreciable en lo físico, puesto que la violencia estructural conjuga incluso formas culturales o carencias educacionales que son el impulso, el motor de la agresión física, pero no son su expresión formal. En este entendido, la violencia estructural está referida a las desigualdades socioeconómicas, culturales, políticas, jurídicas o de otra índole que constituyen injusticias en el desenvolvimiento social de las familias y en el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes: Se puede incluir aquí la pobreza, la falta de educación, el inadecuado nivel de vida, la falta de empleo, los bajos salarios, la carencia de servicios sociales, entre otros.

Estas condiciones sociales repercuten de manera determinante en la formación de la conciencia social de los niños, niñas y adolescentes y en la práctica social de la violencia. Por otro lado, los medios de comunicación social constituyen un abono cultural e ideológico a la reproducción sistemática de la violencia. Los contenidos de gran parte de ellos fabrican un mundo a imagen y semejanza de la barbarie, reproduciendo la violencia real a su máxima expresión, lo que lejos de influir para transformar esa realidad, se convierte en una gran contribución al círculo de la violencia estructural.

Respecto de los medios de comunicación social, no se trata sólo de la "programación normal" dirigida a reproducir la violencia (noticias, "entretenimientos", películas, todas "cultura de la muerte"), sino adicionalmente el hecho comunicacional que reproduce la imagen de la sociedad de consumo con sus perversas incitaciones, (especialmente a niños

y jóvenes), a ser por lo que tienen, por lo que consumen y por la capacidad de consumir, y no por lo que son como seres humanos, y por lo que contribuyan al desarrollo de la humanidad. Una imagen de consumo repetida hasta la saciedad con el ingrediente de la psicología comunicacional de masas que se convierte en vehículo criminal al servicio de la violencia estructural., hace que niños y jóvenes tengan como objeto en y para sus vidas el mayor consumo posible en una sociedad competitiva que no puede brindar a todos el consumo que incita, en vista de las evidentes desigualdades e inequidades. En ese contexto, cada quien utilizará todos los recursos criminales enseñados por los propios medios para obtener lo que la sociedad de consumo incita pero no cumple. Así, los medios de comunicación social, en fidelidad a la sociedad consumista dirigen la carrera por la supervivencia de los más violentos.

En el círculo estructural como cúspides del mal ejemplo y fundamentos de la reproducción social masiva de la violencia, muchas instituciones se comportan de forma categóricamente negadoras de derechos humanos y las políticas económicas están diseñadas para el beneficio de las minorías, en detrimento de los derechos económicos y sociales de las grandes mayorías.

Muchas veces no entendemos la relación entre una institución de obligación alimentaria, por lo general de carácter civil, y el derecho humano a la alimentación, puesto que no ejercitamos la relación causal entre la incapacidad económica de los obligados alimentarios y las condiciones generales de desempleo, desigualdad y redistribución de la riqueza.

Las situaciones de hecho que constituyen violaciones individuales de derechos humanos 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.

Un ejemplo de la anterior afirmación lo expresa seguramente un caso judicial de obligación alimentaria, en el que en el derecho tradicional, si no se reúnen los elementos bases para la procedencia de la obligación (verbigracia, la capacidad económica del obligado y la necesidad del niño), declaramos sin lugar la acción, dejando incólumes las condiciones adversas actuales y las causas fundamentales de la violación del derecho alimentario del niño. En el derecho alterativo (no alternativo, sino alterativo), de los derechos humanos de los niños, el fondo del asunto es que ese niño necesita alimentación y es exigible esa condición subjetiva como derecho fundamental, por lo que debemos (estamos obligados), a hacer el recorrido causal de la violación del derecho hasta abordar la responsabilidad del Estado en generar condiciones adecuadas de supervivencia y desarrollo al niño, generando las condiciones básicas a sus familias, como lo establece el artículo 27, particular 3ero. de la Convención sobre los Derechos del Niño. La causa de la violencia estructural, representada en la carencia alimentaria no es en este caso, el padre o la madre, es la ausencia de políticas sociales básicas para esa familia, y el nuevo derecho social así debe entenderlo y decidirlo.

El Círculo Socio Familiar de la Violencia:

Hace referencia a las prácticas violentas, directamente vinculadas a las personas o grupos víctimas. Implica una falla en los grupos primarios que rodean a los niños, niñas y adolescentes: la familia, los pares, la escuela.

En este círculo de la violencia, la pedagogía social está ausente; lo que se refuerza es una ausencia de reglas disciplinarias claras o la presencia de un autoritarismo no siempre consciente.

En el análisis del derecho violado seguramente ubicamos el factor inmediato de su ocurrencia, es decir, quien lo ejecuta, en qué circunstancias lo ha hecho, por lo que en la detección de estas causas interesa remitirse a las condiciones de tiempo, lugar, sujetos y circunstancias que rodean el hecho mismo. Hacer un análisis de estas causas desprendido de las causas estructurales corre el riesgo de no expresar acertadamente las verdaderas causas del conflicto social o de otra índole que viola derechos humanos, y por tanto, el riesgo de que la situación violenta perdure y se multiplique, sin aplicar correctivos apropiados o la medida de protección adecuada e idónea para impedir o hacer cesar la violencia.

En el ejemplo dado para la explicación de las causas estructurales, es decir, el de la obligación alimentaria, sería una causa intermedia, la irresponsabilidad de los padres, el desinterés en la alimentación adecuada de sus hijos, por lo que la causa intermedia sólo explicaría en esta situación las razones de los sujetos inmediatamente vinculados al problema social como sujetos activos en el conflicto social, pero seguramente deja por fuera las explicaciones causales, estructurales, que se detallaron antes. En fin, en las causas intermedias relacionamos directamente al grupo social o a las acciones u omisiones que aparecen como manifestación directa del problema, más no aquellas que son más generales a la conflictividad social.

El Círculo Individual o Expresión Consecuencial de la Violencia:

Hace referencia a la manifestación directa que se asimila a una persona (niño, niña o adolescente) de manera individual o en un grupo claramente identificado. Es la forma más inmediata de condicionar a la niñez y la adolescencia a la convivencia en un mundo violento que se repite en su desarrollo (padres, vecinos, comunidades). Regularmente producen iguales reacciones o incluso de mayor calidad y magnitud.

En el círculo individual de la violencia no sólo sucede que el niño se condiciona a ella y la acepta como parte de la vida, sino que la internaliza y la expresa contra los demás y contra sí mismo: entró en su círculo. Por lo general, cuando el niño o el adolescente se han condicionado de manera tal a la violencia, que forma ya parte de sus agentes, la familia, los vecinos, las escuelas, reciben dosis de su propia medicina. La escuela que se expresó con violencia, que practicó la "lógica" de la dominación, comienza a ser asediada por la medicina que aplicó. La madre o el padre que utilizó el maltrato como forma de "corrección", también reciben la respuesta de su ejemplo. Además está alentada, estimulada y apologizada por los medios de comunicación social.

Otro efecto importante de la violencia individualizada es que el niño agente puede convertirse en un modelo a reproducir por sus pares..."

La parte in fine del artículo 37 establece el deber de corresponsabilidad en la tantas veces enunciada trilogía Estado, Familia y Sociedad para la protección de las niñas, niños y adolescentes de cualquier forma de explotación, maltrato, tortura, abuso o negligencia que afecte su derecho a la integridad personal. Los subsiguientes artículos 38, 39, 40 41 y 55 se encargarán de conceptualizar cada una de estas formas tipificadas en forma general en la norma del artículo 37.

Importa así recordar a las y los operadores de la LEPINA todo lo que hemos afirmado sobre el deber de corresponsabilidad en capítulos anteriores, para entender el rol que cada uno de los actores de este principio debe cumplir en la tarea de proteger la integridad personal de la niñez y adolescencia.

La Protección Especial a la Integridad Personal.

Como hasta ahora hemos detallado, hay un extenso y lamentablemente cierto panorama en que se manifiestan actos u omisiones que constituyen formas de vulneración a la integridad personal de la niñez y adolescencia.

Por otra parte, "La persistente aceptación social de algunos tipos de violencia contra los niños y niñas es un factor importante que contribuye a su perpetuación en casi todos los Estados. Los niños y niñas, los autores de la violencia contra ellos y el público en general pueden aceptar la violencia física, sexual y psicológica como una parte inevitable de la niñez. Las leyes de la mayoría de los Estados aún aceptan el castigo físico "razonable" o "legal" y reflejan la aprobación de la violencia por parte de la sociedad cuando ésta se describe o disfraza como "disciplina"... El castigo físico y otras formas de castigo cruel o degradante, la intimidación (bullying) y el acoso sexual y una variedad de prácticas tradicionales violentas pueden ser percibidas como normales, particularmente cuando no dan lugar a un daño físico visible y duradero...."⁵⁹

De toda la gama de actos u omisiones que se pueden presentar en la vida y el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, la LEPINA regula situaciones de protección especial de forma expresa y taxativa, pero, insistimos, ello no significa de forma alguna que sean las únicas situaciones en las que deban intervenir los órganos de protección, así:

En materia de derechos colectivos y difusos (situaciones de violencia generalizada, tales como las de guerras civiles, violencias culturales o étnicas) ante lo cual se procedería por dos vías: a) Las Políticas de prevención y acciones primarias desde la gestión pública, y b) La Acción judicial de Protección para la restitución del derecho a la integridad amenazado o violado.

En materia de derechos individualmente considerados (situaciones de maltrato escolar, familiar, abuso sexual, etc) imponiendo las medidas de protección a que haya lugar. En tal sentido, llama la atención que en el marco de las medidas de protección que acuerda el artículo 120 de la LEPINA no se encuentra, como en muchos otros Códigos y Leyes de Protección de la Región de ALC, la medida de separación del maltratador del entorno de la niña, niño o adolescente.

En materia Penal, para establecer en los ambos casos anteriores (Derechos colectivos y difusos, y derechos individualmente considerados), el tipo delictivo y la responsabilidad de

⁵⁹ ONU, Ob Cit. Pag 10

sus autores, coautores, coparticipes o cómplices. En este aspecto y aunque no es objeto de la presente obra, se hace necesaria una adecuación sustancial de los delitos cometidos contra niños, niñas y adolescentes, por cuanto no se encuentran adecuados a los estándares internacionales que exigen la penalización especial de los mismos, con efectos en la definición de los tipos delictivos y sus consecuencias.

Así, la LEPINA regula en este Capítulo I del Título II, 5 situaciones de protección especial, como ya hemos afirmado, cuales son:

Artículo 38: Protección frente al maltrato

Artículo 39: Protección frente a la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes

Artículo 40: Protección frente a la privación de libertad, internamiento e institucionalización

Artículo 41: Protección frente a la trata de niñas, niños y adolescentes

Artículo 55: Protección frente al abuso y explotación sexual

Un denominador común en todas y cada una de ellas, es la amplitud de la caracterización en cada situación, así por ejemplo el concepto de maltrato que abarca desde los físico, moral, psicológico, sexual hasta el abandono material y de alimentación nutritiva y balanceada, atención, cuidados diarios y la utilización de niños en la mendicidad.

Otro denominador común de estas previsiones de protección especial está indicado por los sujetos activos de la violación de los derechos, pues, la variedad de agentes comprende a familiares, padres, madres, responsables, educadores, cuidadores o terceros, incluso las instituciones de internamiento, como el caso de los artículos 39 y 40.

Un tercer denominador común, exceptuando el artículo 40, es la responsabilidad del Estado en Políticas, Programas y acciones de prevención y atención a cada una de las situaciones que describe la norma.

Resultará determinante en la aplicación de la LEPINA la claridad conceptual de cada una de estas situaciones de protección especial, por lo que se definen diáfananamente en cada artículo, incluso respondiendo a los estándares y definiciones internacionales, como es el caso del artículo 41 que cita la definición del Protocolo de Palermo Para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que Complementa la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, entendido como complementario a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁶⁰ que en su artículo 3 define la trata así:

“Para los fines del presente Protocolo:

a) Por “trata de personas” se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad

⁶⁰ Véase documento completo de Naciones Unidas en : <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;

b) El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;

c) La captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de un niño con fines de explotación se considerará “trata de personas” incluso cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado a) del presente artículo...”

Por tanto y finalmente, orientamos a los administradores de justicia, a los operadores de políticas y planes de acción en materias como maltrato, tortura, tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes, trata de personas, etc. a la interpretación análoga de los diferentes pactos y convenios internacionales en cada una de estas materias.

DERECHO Y PROTECCION ESPECIAL A LA LIBERTAD DE TRANSITO

DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

EL DERECHO

Artículo 42.- Libertad de tránsito

Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho de transitar libremente por todo el territorio nacional, sin otras restricciones que las establecidas por la Ley y las derivadas de las facultades de sus madres, padres, representantes o responsables.

LA PROTECCION ESPECIAL

Artículo 43.- Protección especial frente al traslado y retención ilícitos

Se prohíbe el traslado y la retención ilícitos de niñas, niños y adolescentes, aun cuando dicha práctica tenga como origen el ejercicio de la autoridad parental, laguarda y cuidado personal, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país. En consecuencia, el Estado garantizará la erradicación de dicha práctica.

Las niñas, niños y adolescentes que han sido trasladados o retenidos ilegalmente tienen derecho a ser reintegrados a su medio familiar y a gozar de las visitas de sus progenitores y otros parientes, siempre que esto no contravenga el interés superior de aquéllos.

El Estado tomará todas las medidas que sean necesarias para lograr la reintegración familiar del niño, niña o adolescente que se encuentre en la situación prevista en este artículo, y en el marco del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

Artículo 44.- Viajes fuera del país

Las niñas, niños y adolescentes pueden viajar fuera del país, acompañados por el padre y la madre o por uno solo de ellos, pero en este último caso requieren autorización del otro expedida en acta notarial o por documento autorizado por el Procurador General de la República o por los auxiliares que este último haya delegado para tal efecto.

Tanto el acta notarial como el documento que emita el Procurador General de la República, según sea el caso, tendrán un período de validez no mayor de un año contado desde la fecha de su expedición.

Cuando la madre o el padre se encontraren ausentes o la niña, niño o adolescente carecieren de representante legal, el Procurador General de la República, emitirá opinión favorable, cuando corresponda, sobre la expedición del pasaporte y autorizará la salida del país de la niña, niño o adolescente. La opinión que emita será vinculante.

Cuando el padre o la madre se negaren injustificadamente a dar la autorización correspondiente, la otorgará mediante proceso abreviado, la autoridad judicial competente previa calificación razonada.

En caso que las niñas, niños y adolescentes viajen solos o con terceras personas, también requieren autorización de sus padres o representantes legales, de acuerdo con las reglas ya apuntadas y expedida en uno de los instrumentos de los señalados en el inciso primero.

En cualquiera de los casos, la autorización deberá contener los siguientes requisitos:

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

Artículo 45.- Derecho de reunificación familiar

Los extranjeros que residan legalmente en el país tienen el derecho de solicitar ante la autoridad competente el ingreso de sus hijas e hijos al territorio de la República, para lo cual deberán acreditar el vínculo familiar. Igualmente podrán solicitar la regularización legal de sus hijas e hijos si éstos no residen legalmente en El Salvador.

Las niñas, niños y adolescentes extranjeros que residan legalmente en el país, tienen el derecho de solicitar ante la autoridad competente el ingreso de su familia de origen al territorio de la República, para lo cual deberán acreditar el vínculo familiar, igualmente podrán solicitar la regularización legal de sus padres si éstos no residen legalmente en El Salvador.

Para los efectos de la reunificación familiar se seguirá el procedimiento administrativo que disponga la Ley.

Puede denegarse el derecho de reunificación familiar si ésta contraría el interés superior de la niña, niño o adolescente, o si existe una causa previa y legal para impedir el ingreso del familiar o familiares del niño al país, debidamente fundamentada por la autoridad migratoria. Dicha decisión, en todo caso, podrá ser revisada en sede judicial.

3. Derecho y Protección Especial a La Libertad de Transito de Niñas, Niños y Adolescentes

Bajo el mismo método en que lo hicimos en el punto anterior acerca del derecho y protección especial a la integridad personal, abordaremos de forma conjunta las precedentes normas sobre libertad de tránsito de niñas, niños y adolescentes, de tal forma que permitan una comprensión y eficaz implementación, coherente con el sentido funcional y lógico de la norma sustantiva de derecho, las previsiones y los mecanismos de protección especial, sin segmentaciones inconvenientes para la debida interpretación y prácticas de los operadores y operadoras de la LEPINA, evitando las confusiones que asimilan la protección final o atención individualizada con el conjunto de la protección integral.

3.1 El Derecho a la Libertad de Tránsito

El artículo 42, titulado como una libertad personal, cual es la de transitar libremente por todo el territorio nacional; en realidad reconoce un derecho sustantivo a las niñas, niños y adolescentes. Otras legislaciones le han titulado "Derecho a la libertad de tránsito", lo extienden al libre tránsito dentro y fuera del territorio nacional, por supuesto con las restricciones legales y las derivadas de las facultades que corresponden a madres y padres, representantes o responsables, e igualmente describen el alcance de este derecho al cambio de domicilio o residencia, la permanencia en espacios públicos o privados, etc. Tal es el caso de la legislación venezolana, mientras que otras como la ecuatoriana o la dominicana no consagran de forma directa e inmediata este derecho. A pesar de que esta norma textualmente expresa la libertad de tránsito de niñas, niños y adolescentes "...por todo el territorio nacional...", le atribuimos la exclusión de "...y fuera de éste..." a un desliz o descuido legislativo en su redacción, puesto que en lo adelante (artículo 44), desarrolla suficientemente las formas y requisitos para los viajes fuera del país. Por tanto, en la más extensiva interpretación del conjunto articulado de la norma 42 y 44, se comprende diáfano que la libertad de tránsito en la LEPINA comprende el desplazamiento libre de las niñas, niños y adolescentes dentro y fuera del territorio nacional, con las restricciones derivadas de las facultades de custodia y patrio poder de sus madres, padres, o de los responsables, y de la ley.

Luego de estas consideraciones iniciales, precisemos que la libertad de tránsito como derecho, reconocida en el artículo 42 de la LEPINA es de aquellos que están rodeados de serias limitaciones y/o restricciones ya no sólo en razón de la edad y desarrollo evolutivo de las facultades de las niñas, niños y adolescentes, sino también en resguardo de la propia seguridad y garantía de otros derechos, en un sano y escrupuloso propósito íntimamente relacionado con la supervivencia y el desarrollo de éstos, pues no se puede dejar abierta la posibilidad de ejercicio del mismo sin las debidas restricciones y protección especial a que se contraen las subsiguientes normas (artículos 43, 44 y 45) en la propia LEPINA, y su relación con otras que evitan el uso de niños en actividades ilícitas y perjudiciales para su desarrollo integral, tales como las referentes a explotación y abuso sexual, explotación económica y trabajo infantil. Por tanto, el legislador, como en la mayoría de los países de la región, ha tenido un celo particular con este derecho a la libertad personal, no siendo displicente en su consagración y, por el contrario, asumiendo siempre la restricción como una forma de protección especial que, insistimos, redundará en el interés superior de niñas, niños y adolescentes, es decir, en la preeminencia de sus derechos.

No obstante, estas restricciones deben ser entendidas en el sentido estricto que la propia ley les asigna, por lo que no autorizan a prácticas contrarias al principio de la legalidad de los actos y del derecho. Afirmamos esto porque las restricciones legales son aquellas que la ley especial establece, bien sean las leyes de tránsito terrestre, vialidad y otras, o la propia LEPINA, y no la aprobación de resoluciones ejecutivas (provenientes de Despachos Departamentales, Alcaldías o Municipios, Órganos policiales), que establecen verdaderos “toques de queda” para niñas, niños y adolescentes, con consecuencias que van desde los tratos denigrantes hasta las privaciones de libertad, por el sólo hecho de transitar a determinadas horas en colonias, calles, avenidas, urbanizaciones o sitios públicos de permitido acceso por su edad.

No con poca frecuencia y bajo el pretexto de reducir los índices de criminalidad y “proteger a la niñez”, ocurre en los países de la Región de ALC que providencias administrativas, de rango sublegal, restringen este derecho, atentando contra las disposiciones no sólo legales sino también constitucionales. Tales restricciones que configuran normas propias de un Estado de excepción o de suspensión temporal de garantías, sólo permitidas en casos excepcionales y con los procedimientos constitucionales de cada país, además de las observaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; resultan impropias y viciadas de nulidad absoluta, por lo que su aplicación a la niñez y adolescencia, habida consideración de ser sujetos de derechos, constituye así una violación al principio de legalidad.

Sobre este aspecto resulta imperiosa la necesidad de profundizar, por cuanto las prácticas indicadas suelen ser “comunes” y por lo general promovidas o aupadas por sectores no sólo institucionales públicos, sino también por sectores privados, especialmente por los grandes y masivos medios de comunicación social que alientan a las organizaciones o poderes públicos del Estado a asumir tales conductas que contrarían abiertamente el derecho a la libertad de tránsito de la niñez y adolescencia.

En tal sentido, apuntamos que la más acertada y amplia interpretación del derecho al libre tránsito se desprende de la comunidad de normas de derecho público internacional de los derechos humanos, principalmente la Declaración Universal⁶¹ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶², por lo que resulta suficientemente diáfana y preclara la

61 (<http://www.un.org/es/documents/udhr>) Artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país.

62 (<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>) Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

interpretación de este derecho en el sistema universal de protección de los derechos humanos, y en tal sentido debe tenerse en consideración la observación general número 27 proveniente del Comité de Derechos Humanos de UN⁶³ al analizar exhaustivamente sobre el derecho a la libertad de "circulación", que resumimos en sus aspectos más resaltantes, así:

- Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12 no deben anular el principio de la libertad de circulación, y se rigen por las exigencias establecidas en el artículo 12, párrafo 3, de que sean necesarias y además compatibles con los otros derechos reconocidos en el Pacto.
- Los Estados Partes deben incluir en sus informes al Comité las normas legales y las prácticas judiciales y administrativas internas relacionadas con los derechos protegidos por este artículo, teniendo en cuenta las cuestiones examinadas en el presente Comentario general. Deben incluir también información sobre los recursos disponibles cuando se limitan esos derechos.
- Toda persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado disfruta, dentro de ese territorio, del derecho de desplazarse libremente y de escoger su lugar de residencia.
- El derecho de circular libremente se relaciona con todo el territorio de un Estado, incluidas todas las partes de los Estados federales. Según el párrafo 1 del artículo 12, las personas tienen derecho a circular de una parte a otra y a establecerse en el lugar de su elección. El disfrute de este derecho no debe depender de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar. Todas las restricciones se deben adecuar al párrafo 3.
- El Estado Parte debe velar por que se protejan los derechos garantizados por el artículo 12, no sólo de la injerencia pública, sino también de la privada. En el caso de la mujer, esta obligación de proteger es particularmente importante. Por ejemplo, es incompatible con el párrafo 1 del artículo 12 que el derecho de la mujer a circular libremente y elegir su residencia esté sujeto, por la ley o por la práctica, a la decisión de otra persona, incluido un familiar.
- Con sujeción a las disposiciones del párrafo 3 del artículo 12, el derecho de residir en el lugar escogido dentro del territorio incluye la protección contra toda forma de desplazamiento interno forzado. Este párrafo tampoco permite impedir la entrada y permanencia de una persona en una parte específica del territorio. No obstante, la detención legal afecta más específicamente el derecho a la libertad personal y está cubierta por el artículo 9 del Pacto. En algunas circunstancias, los artículos 12 y 9 pueden entrar en juego conjuntamente.
- La libertad de salir del territorio de un Estado no puede hacerse depender de ningún fin concreto o del plazo que el individuo decida permanecer fuera del país. En consecuencia, dicha libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente. Igualmente, el derecho de la persona a determinar el Estado de destino es parte de la garantía jurídica.

63 Adoptada en el 67 período de sesiones de Naciones Unidas en 1999, bajo el documento HRI/GEN/1/Rev.7 at 202

- A fin de que la persona pueda disfrutar de los derechos garantizados en el párrafo 2 del artículo 12, se imponen obligaciones tanto al Estado de residencia como al Estado de la nacionalidad. Como para los viajes internacionales normalmente es necesario contar con documentos adecuados, en particular un pasaporte, el derecho a salir del Estado debe incluir el de obtener los documentos de viaje necesarios. La emisión del pasaporte corresponde normalmente al Estado de la nacionalidad de la persona. La negativa de un Estado a emitir un pasaporte o prorrogar su validez a un nacional que reside en el extranjero puede privar a esa persona del derecho de salir del país de residencia y de viajar a otra parte. No constituye justificación el que un Estado alegue que ese nacional tendría derecho a volver a su territorio sin pasaporte.
- A menudo la práctica de los Estados demuestra que las normas jurídicas y las medidas administrativas afectan negativamente el derecho de salida, en particular del propio país de la persona. En consecuencia, es sumamente importante que los Estados Partes informen de todas las restricciones jurídicas y prácticas que aplican al derecho de salida, tanto a nacionales como extranjeros, a fin de que el Comité pueda evaluar la adecuación de esas normas y prácticas al párrafo 3 del artículo 12. Los Estados Partes deberían también incluir en sus informes información sobre las medidas que impongan sanciones a los transportistas internacionales que lleven a dichos Estados personas sin los documentos exigidos, en caso de que esas medidas afecten el derecho de salir de otro país.
- El párrafo 3 del artículo 12 prevé circunstancias excepcionales en que los derechos que confieren los párrafos 1 y 2 pueden restringirse. La disposición autoriza al Estado a restringir esos derechos sólo para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública y los derechos y libertades de terceros. Para ser permisibles, las restricciones deben ser previstas por la ley, deben ser necesarias en una sociedad democrática para proteger los fines mencionados y deben ser compatibles con todos los demás derechos reconocidos en el Pacto
- La propia ley tiene que determinar las condiciones en que pueden limitarse esos derechos. Los informes de los Estados, por lo tanto, deben señalar específicamente las normas legales sobre las cuales se fundan las restricciones. Las restricciones no previstas en la ley o que no se ajusten a los requisitos del párrafo 3 del artículo 12 violarían los derechos garantizados en los párrafos 1 y 2.
- Al aprobar leyes que prevean restricciones permitidas en virtud del párrafo 3 del artículo 12, los Estados deben guiarse siempre por el principio de que las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho (véase el párrafo 1 del artículo 5); no se debe invertir la relación entre derecho y restricción, entre norma y excepción. Las leyes que autoricen la aplicación de restricciones deben utilizar criterios precisos y no conferir una discrecionalidad sin trabas a los encargados de su aplicación.
- El párrafo 3 del artículo 12 indica claramente que no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

- El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.
- La aplicación de restricciones en cualquier caso particular debe tener un fundamento jurídico claro y cumplir con el criterio de ser necesarias y con el requisito de proporcionalidad.
- Son causa de especial preocupación las múltiples trabas jurídicas y burocráticas que afectan innecesariamente el pleno ejercicio de los derechos de las personas a la libre circulación, a salir de un país, incluso del propio, y a adoptar una residencia. Respecto del derecho a la circulación dentro de un país, el Comité ha criticado las disposiciones que exigen que las personas soliciten permiso para cambiar de residencia o la aprobación por las autoridades locales del lugar de destino, así como las demoras en la tramitación de dichas solicitudes por escrito. En la práctica de los Estados se encuentra una gama todavía más variada de obstáculos que hacen más difícil la salida del país, sobre todo la de sus propios nacionales. Entre esas normas y prácticas figuran la falta de acceso de los solicitantes a las autoridades competentes y la falta de información sobre los requisitos; la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud de pasaporte; la necesidad de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo de la solicitud; la descripción exacta del itinerario; la expedición de pasaportes sólo previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración; las demoras injustificadas en la expedición de documentos de viaje; las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia; el requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta; el requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él; el hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, mediante intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de sus hijos de la escuela o la universidad; la negativa a expedir un pasaporte so pretexto de que el solicitante perjudica el buen nombre del país. A la luz de esas prácticas, los Estados Partes deben asegurarse de que todas las restricciones que impongan cumplan plenamente lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 12.
- La aplicación de las restricciones permisibles en virtud del párrafo 3 del artículo 12 debe ser compatible con otros derechos consagrados en el Pacto y con los principios fundamentales de igualdad y no discriminación. Por ejemplo, el restringir los derechos consagrados en los párrafos 1 y 2 del artículo 12 haciendo distinciones de cualquier clase, como raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social constituiría una clara violación del Pacto.
- El derecho de toda persona a entrar en su propio país reconoce los especiales vínculos de una persona con ese país. Este derecho tiene varias facetas. Supone el derecho a permanecer en el propio país. No faculta solamente a regresar después de haber salido del país, sino que también puede permitir a la persona entrar por primera vez en el país si ha nacido fuera de él (por ejemplo si ese país es el Estado de la nacionalidad de la persona). El derecho a volver reviste la máxima importancia en el caso de los refugiados que desean la repatriación voluntaria. Implica también la prohibición de traslados forzados de población o de expulsiones en masa a otros países.

- En el texto del párrafo 4 del artículo 12 no se hace diferencia entre nacionales y extranjeros ("nadie"). Así pues, los titulares de ese derecho sólo pueden determinarse interpretando las palabras "su propio país". El alcance de la expresión "su propio país" es más amplio que el de "país de su nacionalidad". No se limita a la nacionalidad en el sentido formal, es decir, a la nacionalidad recibida por nacimiento o naturalización; comprende, cuando menos, a la persona que, debido a vínculos especiales o a pretensiones en relación con un país determinado, no puede ser considerada como un simple extranjero. Este sería el caso, por ejemplo, de los nacionales de un país que hubieran sido privados en él de su nacionalidad en violación del derecho internacional y de las personas cuyo país se haya incorporado o transferido a otra entidad nacional cuya nacionalidad se les deniega. El texto del párrafo 4 del artículo 12 permite una interpretación más amplia que podría abarcar otras categorías de residentes a largo plazo, en particular, pero no exclusivamente, los apátridas privados arbitrariamente del derecho a adquirir la nacionalidad del país de residencia. Como es posible que otros factores, en ciertas circunstancias, puedan traducirse en el establecimiento de vínculos estrechos y duraderos entre una persona y un país, los Estados Partes deben incluir en sus informes datos sobre el derecho de los residentes permanentes a regresar a su país de residencia.
- En ningún caso se puede privar arbitrariamente a una persona del derecho a entrar en su propio país. La referencia al concepto de arbitrariedad en este contexto tiene por objeto subrayar que se aplica a toda actuación del Estado, legislativa, administrativa o judicial; garantiza que incluso las injerencias previstas por la ley estén en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto, y sean, en todo caso, razonables en las circunstancias particulares. El Comité considera que hay pocas circunstancias, si es que hay alguna, en que la privación del derecho a entrar en su propio país puede ser razonable. Un Estado Parte no debe impedir arbitrariamente a una persona el regreso a su propio país por la vía de despojarla de su nacionalidad o de expulsarla a un tercer país.

De esa forma, el derecho a la libertad de tránsito, aunque rodeado de restricciones, éstas no pueden impedir, menoscabar o desvirtuar la esencia del derecho consagrado, cual es el de permitir a niñas, niños y adolescentes la circulación dentro y fuera del territorio nacional, con sujeción a las disposiciones meramente dirigidas a su protección, más no aquellas que les restrinjan o violenten otros derechos, como el de la libertad personal, la integridad física, moral o psicológica, o la reunificación familiar.

3.2 Protección Especial a la Libertad de Tránsito

En los tres artículos subsiguientes (43, 44 y 45), la LEPINA desarrolla profusamente igual cantidad de situaciones que ameritan la protección especial, relacionadas con el derecho a la libertad de tránsito. Regulaciones las tres que son coincidentes y coherentes con estándares y normas internacionales en las materias que tratan: 1) Traslados y retenciones ilícitas, 2) Viajes fuera del País, y 3) Reunificación familiar.

En lo atinente a la Protección Especial frente al traslado y retención ilícitos, el marco de referencia fundamental lo constituye la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁶⁴, cual es menester considerar a los efectos de la correcta interpretación del artículo 43 de la LEPINA. Así, en el inciso final este Convenio es considerado como marco y mandato en la toma de medidas por parte del Estado para lograr

64 ONU. Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos – pág. 52.

la reintegración familiar del niño, niña o adolescente que se encuentre en la situación prevista en este artículo.

Sobre la prohibición de traslado y retención ilícitos que encabeza este artículo y que constituye el tipo legal antijurídico que en sentido negativo/prohibitivo prevé la norma, es necesario precisar su naturaleza y alcance. Por supuesto que no citaremos todo el contenido del Convenio de La Haya, pero si es relevante que los administradores de justicia en los casos de restitución internacional, consideren las definiciones y ámbito de aplicación material, territorial y de los sujetos, conforme a sus artículos 1 al 5. Ello resulta clarificador en términos de la determinación de la finalidad que persigue la restitución; la ilicitud de los traslados y retenciones ilícitas entendidos en un sentido amplio que abarca desde la infracción del derecho de custodia atribuido a una persona, a una institución o cualquier otro organismo o institución, bien sea que ese derecho de custodia sea ejercido de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo entre partes.

En consideración de tales alcances es que el encabezado del artículo 43 de la LEPINA prevé la prohibición de traslados y retenciones, que califica como ilícitas, aún cuando hayan tenido como origen el ejercicio de la autoridad parental, la guarda y cuidado personal, el régimen de visitas o las normas sobre autorización para salir del país, puesto que si el traslado se ha dado en razón de un viaje temporal, aún acordado con las previsiones de ley, se considera ilícita la retención por mayor tiempo del autorizado, o cuando se retiene a la niña, niño o adolescente en país distinto al de su domicilio o residencia habitual, infringiendo la custodia que en principio fue acordada legalmente.

Sobre el alcance del Convenio o Convención de La Haya, es necesario administrarlo al resto del derecho internacional de los Derechos Humanos en la materia de niñez y adolescencia, y en particular a la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 3, 8, 9, 10 y 18, por lo que, en un caso concreto, el juzgador o juzgadora debe interpretar el primer instrumento internacional indicado con sujeción al contexto del Interés Superior del Niño, que también es un principio en la LEPINA, a los derechos de crianza, permanencia y contacto con ambos padres (madre y padre), y sus familiares (también previsto en la ley nacional), y al deber de coparentalidad en esta crianza.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica⁶⁵, ha establecido al respecto la importancia que tiene el fundamento de las normas de derecho internacional en la toma de decisiones judiciales vinculadas a los traslados y retenciones ilícitas de niñas, niños y adolescentes, expresando extensiva y profundamente que *“...En materia de los derechos especiales que tienen los niños se encuentran varias normas de rango constitucional, internacional e infraconstitucional; reconociéndose en todas ellas el interés superior del niño (a) como criterio de toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años...”*, insistiendo de esa manera en que *“...Primariamente, al aplicar el Convenio debe valorarse la*

65 Sentencia: 15461 Expediente: 08-012520-0007-CO . Fecha: 15/10/2008. Para ver la sentencia de forma íntegra búsquese en la web: <http://200.91.68.20/scij/>

incidencia que sobre el caso particular pueda tener previsiones constitucionales y principales como el interés superior del niño..."

De igual forma, la Sala Constitucional de ese país ha reiterado que "...en la aplicación del Convenio de cita, las autoridades administrativas o judiciales del país requerido no prejuzgan sobre la guarda, crianza y educación de los menores, lo cual puede llevar a estas autoridades a considerar que no deben valorar lo concerniente a estos aspectos ni otros que aparenten ser ajenos a la situación específica de la retención. Sin embargo, debe hacerse notar a las autoridades –administrativas y judiciales- que aunque no emitan pronunciamiento sobre ellos, elementos como los reseñados sí pueden y, en atención al principio del interés superior del niño, deben ser valorados al momento de pronunciar la resolución correspondiente. Recuérdese que el artículo 13 del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, es claro en definir que la restitución puede acordarse siempre que no se sitúe al niño en un riesgo físico o psicológico, así como debe tomarse en cuenta la información sobre la situación social..."

También se destaca de esta Jurisprudencia extranjera la negación de la restitución cuando afecta principios, normas y valores de derecho constitucional y de los derechos humanos, estableciendo de esa forma que "...la restitución podrá ser denegada cuando así lo impidan los principios fundamentales del Estado requerido; y que el mismo Convenio define una serie de potestades a ser ejercidas por las autoridades de ese Estado; pues no hacerlo así dará como resultado un pronunciamiento ilegítimo por contradecir principios, valores y normas concretas establecidos en la globalidad del Derecho...", haciendo referencia por supuesto a las normas en que ha fundamentado esta decisión judicial, principalmente en el reconocimiento del principio del Interés Superior del Niño y las normas ratificadas por el país en la CDN.

No cabe duda que el objeto principal de la norma está dirigido a la reintegración familiar, teniendo como titularidad del derecho a la niña, niño o adolescente, considerado así como parte integrante de una familia determinada. Nótese que el segundo inciso del artículo 43 de la LEPINA insiste en esta forma de protección especial que redundará en protección del Estado a las familias, al tiempo que a los derechos de la niñez y adolescencia, entendiendo no sólo este derecho en relación a la familia nuclear o primaria, sino extensible a sus parientes⁶⁶ (en la expresión "otros parientes"), limitándolo sólo en casos que esta reintegración no sea contraria al interés superior del niño, como antes hemos estudiado las implicaciones en la aplicación judicial de este principio en el Capítulo II de la presente obra, a lo cual remitimos a las y los lectores.

En cuanto al último inciso de esta norma, adicional a lo que antes hemos afirmado como obligación del Estado, sin duda que entre las medidas más adecuadas se encuentran las de implementación y funcionamiento de la autoridad central prevista en el artículo 6 del Convenio de la Haya, así como todas aquellas tendientes al establecimiento y funcionalidad de convenios bilaterales con otros Estados, la cooperación y facilitación de mecanismos que hagan posible el derecho de visitas y ejercicio de la coparentalidad, así como mecanismos expeditos (no burocráticos) y celeres que permitan la entrada de niñas, niños y adolescentes al país a los efectos de reunirse con sus progenitores.

66 En la expresión "otros parientes", atendiendo a la más amplia normativa de derecho Civil de Familia, estarán comprendidos no sólo los consanguíneos en grados y líneas, sino también a los parentescos por afinidad, dada la amplitud de tal expresión.

En cuanto a los viajes de niñas, niños y adolescentes fuera del país, la norma (artículo 44), resulta suficientemente esclarecedora de las diversas hipótesis o situaciones, las cuales pueden ser:

- a. Acompañados por el padre y la madre.
- b. Acompañados de uno sólo de los progenitores.
- c. Cuando el padre o la madre se nieguen a dar autorización.
- d. Cuando viajen solos o con terceras personas.
- e. Cuando ambos progenitores se encuentren ausentes y la niña, niño o adolescente carezca de representante legal.

En el primero de los casos, no se requiere de ninguna tramitación extraordinaria, a no ser por supuesto las normales de salida del país, tales como pasaportes.

En el segundo de los casos, se requerirá la autorización del otro progenitor, lo que se puede hacer bien por acta notarial o por documento que autorizará el Procurador o Procuradora General de la República o sus auxiliares designados.

El tercero de los casos se presenta frente a la negativa del otro progenitor no viajante con el niño, niña o adolescente, negativa que suele ser frecuente, ante lo cual la norma prevé que sea la autoridad judicial la que mediante proceso abreviado emita la autorización respectiva razonando de forma calificada este pronunciamiento. Consideramos que en esta circunstancia el Juez o Jueza decisor debe prestar atención a las circunstancias que rodean la custodia o guarda del niño, niña o adolescente de que se trate, las razones que justifican el viaje, las condiciones en que se desenvuelven los deberes de coparentalidad, la situación particular del viajante adulto en cuanto a la facilitación que proveerá de contacto permanente con el otro progenitor no viajante. Elementos todos estos que deben formar parte del acervo procesal, por cuanto de lo contrario se podría incurrir (lo que sucede con frecuencia), de una forma de retención ilícita en otro país, con el consiguiente desmedro de los derechos del niño, niña o adolescente de que se trate, como hemos analizado en el artículo anterior. Salvando las distancias procesales y con las adaptaciones necesarias al derecho interno salvadoreño, vale traer a colación extractos de sentencia producida en la República Bolivariana de Venezuela sobre esta hipótesis de negativa del otro progenitor a los viajes fuera del país⁶⁷ :

“...A diferencia de la norma sobre autorizaciones voluntarias, en ésta, la hipótesis de hecho consiste en el desacuerdo para otorgar el consentimiento para el viaje de que se trate. El legislador quiso en este supuesto que fuese la actuación jurisdiccional la que se encargase de dirimir el conflicto de desacuerdos entre aquel progenitor que autoriza el viaje, o viaja con el niño mismo, y aquel que contradice o no está conforme con ello, bien sea el progenitor o el hijo si es adolescente.

La decisión del juez al respecto debe estar orientada por el Interés Superior del Niño, principio universal que guía e informa como motivación jurídica y filosófica a la doctrina

⁶⁷ Decisión de la Corte Superior Segunda del Circuito Judicial de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas y Nacional de Adopción Internacional, de fecha 27 de julio de 2006, Nro. AP51-R-2006-011255, Juez Ponente: Yuri Emilio Buaziz.

de protección integral de los niños, y que se encuentra contenido en el artículo 3 de la Convención internacional sobre Derechos del Niño, suscrita y ratificada por Venezuela en fecha 29 de agosto de 1990, con publicación en Gaceta Oficial Nro. 34.541, y en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Aunque la norma precitada no hubiese remitido al interés superior del niño al juez decisor del conflicto sobre la autorización de viaje, éste principio es de obligatoria observancia en todas las decisiones que tomen las autoridades, sean judiciales o no, personas naturales y personas públicas o privadas. Por tanto, interesa a esta Corte, por considerarlo útil en todos aquellos asuntos en que se cita al Interés Superior del Niño, dejar asentado que este principio es de carácter garantista, por cuanto constituye un mecanismo que: a) está dirigido a la garantía efectiva de los derechos de los niños y adolescentes, esto es, que en todas las decisiones que respecto de los niños tomen las autoridades o personas mencionadas, la consideración primordial es la efectividad de sus derechos, y en tal sentido, si frente a una decisión determinada sobre un particular caso, se afecta uno cualquiera de los derechos de los niños, esa decisión no debe tomarse, lo que obliga a un también particular análisis por parte de aquel o aquellas personas que están tomando la decisión, análisis de carácter lógico y coherente, además de exhaustivo, que permita desentrañar de forma inequívoca cómo y cuánto esa decisión perjudica, viola o amenaza uno cualquiera de los derechos de los niños. Ello sólo permite la excepción o excepciones que expresamente autorice la ley positiva, como por ejemplo el artículo 26 de la Ley de la materia, en su parágrafo primero; y, b) Es un principio de limitación de la libertad discrecional de todos aquellos que toman decisiones respecto de los derechos de los niños o adolescentes, por cuanto condiciona el libre albedrío del juez a una subsunción exclusiva de derecho, prohibiendo al decisor de esa manera tomar decisiones que provengan de su convicción, de sus creencias o de su parecer, ya que, se insiste, la decisión o decisiones que no atiendan al respeto, cumplimiento y/o garantía de los derechos humanos de los niños, violentarían este principio de interés superior. De esta manera, la regla que opera con carácter imperativo es la prohibición de discrecionalidad en las decisiones de los jueces, por lo que ateniéndose exclusivamente al interés superior del niño, ningún sentenciador debe decidir lo que a su manera de ver es más beneficioso al niño, o aquello que su máxima de experiencia o sana crítica le indica que lo es, sino al derecho de que se trate y a las condiciones subjetivas de derecho que la norma preestablezca para su garantía. En tal sentido, no opera la convicción del juez o las reglas de la sana crítica igual que en materia de derecho común, o en materia de procedimiento civil, sino que son preeminentes en cualquier decisión los derechos de los niños o adolescentes, lo cual tiene un evidente significado de limitación a las potestades discrecionales del juez. Y así se establece...."

"...Esta alzada observa de manera categórica, que no siempre que una norma establezca el supuesto de oposición de alguna de las partes, procede de manera automática la apertura de una articulación probatoria, máxime como en el presente caso, que tratándose de una ley especial y de una norma muy particular dentro de ella, cual es la búsqueda del interés superior del niño, en la especial circunstancia en la que uno solo de los padres ejerce la guarda del hijo; debe atenderse con celo y extremada cautela por parte del juzgador a cual es el derecho, o los derechos si fuere el caso, que deben entrar a ponderarse cuando se solicita una autorización de viaje, e insistimos, en una particular circunstancia como ésta. Para esta Corte no cabe duda, que el derecho que tiene el niño a la comunicación y contacto permanente con ambos padres, aunque estos se encuentren separados, es un derecho inalienable que podría verse afectado, o afectarse aun más si ya lo estuviere, con la salida del niño del país en donde

se encuentra uno de sus progenitores, y en tal sentido, tampoco cabe duda que este derecho no puede ventilarse por una simple articulación en la que se obvian las demás fases contentivas de un proceso contencioso vinculado indefectiblemente a aspectos intrínsecos del contenido de la guarda, al punto que contienen una modificación a la misma. Y así se hace saber..."

"...Igualmente debe agregarse a este criterio que el artículo 27 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, preceptúa que el derecho a las relaciones personales y contacto directo con los padres es de forma regular y permanente por lo que una separación en un viaje prolongado contraría esta disposición, así como lo previsto en el numeral 3 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y es justamente en esta situación en la que la oposición a la autorización de viajes está dirigida a preservar este derecho es cuando se debe atender al interés superior del niño como ha quedado explanado con anterioridad en detalles. Por tanto, dirimir el conflicto del contacto regular y permanente del niño con el progenitor que no tiene la guarda no es un asunto perteneciente a una secuela procesal que sustituya la especialidad del procedimiento que para tal fin tiene establecido la ley de la materia. Y así se establece.-

Al respecto la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fallo de fecha 20 de marzo de 2006 ha establecido que "... tal y como se apuntó en la sentencia N° 1953 no se trata de simples desacuerdos entre las partes sobre aspectos de contenido en la guarda, sino que se contrae a una modificación en la misma, la cual debe ser dilucidada conforme en lo previsto en el artículo 363 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente...", agregando este dictamen que, fundamentado en el interés superior del niño como sujeto de derechos, cuando no existe acuerdo entre los progenitores nacen implicaciones respecto a su crianza y cuidado, y que estos desacuerdos, tales como el viaje con otro progenitor "... más aún cuando los padres no viven juntos por estar separados o divorciados, tal condición puede tener cierta implicación en el desacuerdo respecto al establecimiento de su residencia...". También resulta preclara la decisión dictada por la misma Sala Constitucional en fecha 25 de Julio de 2005 que siendo vinculante a partir de su publicación en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, dejó asentado que "...cuando surja una oposición a la autorización para viajar, bien porque la misma surgió extraprocesalmente o porque nació en presencia del Juez al solicitarse ante él la autorización, conforme al artículo 393 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, el permiso debe ser negado, a fin de que se ventile por el procedimiento especial de guarda, correspondiendo a la sentencia que allí se dicte negar o autorizar el viaje... "(Subrayado de esta Corte), en consecuencia, toda autorización de viaje a la que le sea opuesta la negativa del otro progenitor, debe dar por terminado el procedimiento, sin que exista posibilidad alguna de ventilar en ese mismo asunto aspectos que no le son propios sino al procedimiento especial de guarda. Como se ha dejado dicho, en el presente caso no se dio por terminado la solicitud de autorización de viaje, dándole continuidad a un procedimiento inexistente y contrario a la ley, por lo que resulta forzoso para esta Corte Superior Segunda determinar la nulidad del auto de fecha 25 de mayo de 2006, así como todo lo actuado en trasgresión al criterio constitucional del Tribunal Supremo de Justicia aquí explanado y a la disposición legal del artículo 363 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, y como consecuencia de tal nulidad negar la autorización de viaje solicitada y dar por terminado el procedimiento. Y así se establece...."

Así, siempre en la eventualidad que de los hechos que se acrediten en el proceso abreviado, debe considerarse si ciertamente la negativa a autorizar el viaje fuera del país es injustificada, como lo establece este artículo 44, o si por el contrario se trata de una advertencia justificada, suficientemente razonada, motivada y con argumentos probatorios que logren la convicción procesal de hechos que modifican la guarda o custodia, por cuanto en tal hipótesis, debe atenderse claramente al interés superior del niño y a las normas que aseguran que el niño, niña o adolescente no será separado injustificadamente tanto del arraigo de su otro progenitor, sus parientes y el propio arraigo nacional.

Cuando los niños, niñas o adolescentes viajen solos o con terceras personas, es decir, el cuarto de los casos indicados, también se requiere de la autorización de ambos progenitores, lo cual puede hacerse a través del instrumento notarial o de documento de autorización de la PGR. Si en estos casos se presenta la eventualidad de negativa de uno de los progenitores, se procederá como antes hemos dejado explicado.

Finalmente, en el caso de ausencia de los progenitores y no existiere representante legal de la niña, el niño o adolescente de que se trate la autorización de viaje, le corresponde a la PGR emitir opinión favorable cuando corresponda, acerca de la emisión del pasaporte y autorizará la salida del país.

En los dos casos últimos que hemos indicado, es decir cuando las niñas, niños o adolescentes viajan solos, con terceras personas o los padres están ausentes, consideramos que se deben reforzar los cuidados en los procedimientos, por cuanto son justamente en estas hipótesis en las que con mayor frecuencia se utilizan las figuras "legales" de autorizaciones de viajes para enmascarar situaciones de trata a las que precisamente busca prevenir el artículo 41 de la LEPINA.

Llama la atención así particularmente la facilidad con que se puede expedir una autorización de viaje en el caso en que los niños viajan solos, con el simple requisito del acta notarial otorgada por los progenitores. Si bien es cierto que existe una responsabilidad personal de crianza, cuidado y favorecimiento de los derechos de sus hijos e hijas; no es menos cierto que las redes internacionales de trata de personas utilizan métodos impredecibles en la coacción o convencimiento, incluso bajo engaños, fraudes (verbigracia frecuente con promesas de estudios, mejoramiento de las condiciones de escolaridad en países extranjeros, etc) o pagos a los progenitores para lograr el cometido ilícito de transporte, traslado, etc con fines diversos de explotación u otras formas de abuso contra niñas, niños o adolescentes.

Además de lo afirmado, para el caso de las ausencias de los progenitores y carencia de representantes legales, éstas deben ser comprobadas suficientemente por ante la autoridad de la PGR, quien, a nuestro parecer, debe tener las más amplias facultades para la comprobación de oficio de tal situación, así como los motivos del viaje. Evidentemente que comprobada una situación, por ejemplo, de tratamiento médico especializado

de una niña, niño o adolescente en otro país, o la necesidad de reunificación con un progenitor, u otra situación que no contrarié su interés superior, procede de forma expedita la autorización en estos casos.

Todo lo asentado anteriormente no pretende crear trabas innecesarias para impedir los viajes fuera del país a niñas, niños y adolescentes, pero ciertamente se trata de una delicada situación en donde las prácticas contrarias a los derechos humanos, podrían encontrar facilidades para la impunidad, razón por la que creemos que además de los tres requisitos que contiene la parte final de este artículo 44; para los casos de ausencia de los progenitores, así como viajes con terceros o solos, debió incorporar requisitos de comprobación cierta de los motivos del viaje.

Sobre el derecho de reunificación familiar a que se contrae el artículo 45 de la LEPINA, tangencialmente lo hemos analizado en el estudio de los artículos precedentes. Este derecho deviene de la adecuación nacional al artículo 10 de la CDN que estatuye que:

1. De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados Partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.

2. El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados Partes en virtud del párrafo 1 del artículo 9, los Estados Partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente Convención.

Teniendo también relación directa con el derecho de crianza del artículo 7 como parte del derecho a la identidad, y la preservación de las relaciones familiares, en el artículo 8 del mismo texto internacional.

La LEPINA ha establecido las dos hipótesis más próximas que configuran el derecho sustantivo a la reunificación familiar: 1) La de padres o madres extranjeras legalmente establecidos en el país, a fin de que puedan solicitar el ingreso de sus hijas e hijos al territorio de la República, previendo también la figura de regularización de la legalidad de éstos si no residen en el país, y 2) La de hijas e hijos extranjeros que residan legalmente en el país, a fin de que soliciten el ingreso de su familia de origen, previendo igualmente la figura de solicitud de regularización de la legalidad de sus padres si no residen en El Salvador. En ambos casos se debe acreditar el vínculo familiar. Respecto a la autoridad competente, deben considerarse las normas establecidas en la Ley de Migración⁶⁸ y en

68 DECRETO N° 2772 del 23-12- 1958 y sus posteriores reformas: D.L. N° 164, del 29 de Noviembre de 2006, publicado

particular el artículo 54 que expresa que “...Sólo el Ministerio del Interior podrá autorizar la residencia definitiva de extranjeros en el País y ningún Cónsul de El Salvador otorgará la visa correspondiente, sin dicha autorización, que será cursada por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores...”

La denegación del derecho de reunificación familiar, procede en ambas hipótesis si es contraria al interés superior del niño, mientras que procede en la hipótesis de reunificación de familiares cuando el niño, niña o adolescente reside en El Salvador, si existiere una causa legal previa que impida el ingreso de aquellos al país. Siendo ésta una decisión administrativa de la autoridad de migración, la ley prevé la revisión judicial de la misma. Es así que, en casos de falta de motivación por parte de la autoridad administrativa, o no se encontraren extremados los elementos probatorios del perjuicio al interés superior del niño, o de impedimentos a los familiares, la autoridad judicial debe dar apertura al procedimiento correspondiente para tales comprobaciones, y producir una decisión acorde con las probanzas producidas.

Por lo demás, valga reproducir el contenido de la observación general número 27 del Comité de Derechos Humanos de la ONU en este mismo capítulo (punto 3.1) en ocasión del análisis del derecho a la Libertad de Tránsito, en donde se precisan las orientaciones básicas para hacer efectiva la garantía de reunificación familiar.

4. Derecho Y Protección Especial al Honor, Imagen, Vida Privada e Intimidad

DERECHO Y PROTECCION ESPECIAL AL HONOR, IMAGEN, VIDA PRIVADA E INTIMIDAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

EL DERECHO

Artículo 46.- Derechos al honor, imagen, vida privada e intimidad

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho al honor, a la propia imagen, a la vida privada e intimidad personal y familiar; sin perjuicio del derecho y deber de las madres, padres, representantes o responsables de ejercer supervisión y vigilancia sobre cualquier actividad que pueda poner en peligro la dignidad de las niñas, niños y adolescentes.

Se prohíbe, a través de cualquier medio, divulgar, exponer o utilizar la imagen de niñas, niños y adolescentes en contra de su voluntad y sin el conocimiento y aprobación de sus madres, padres, representantes o responsables. Asimismo, se prohíbe exponer o divulgar datos, imágenes o informaciones que lesionen el honor o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad personal y familiar.

Se prohíbe la intervención de la correspondencia y todo tipo de comunicación telefónica o electrónica de niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de lo establecido en la parte final del inciso primero de éste artículo.

LA PROTECCION ESPECIAL

en el D.O. N° 239, Tomo 373, del 21 de Diciembre del 2006.

Artículo 47.- Prohibiciones específicas frente a la utilización de la imagen y afectación de la intimidad personal de niñas, niños y adolescentes

Se prohíbe la utilización de la imagen de niñas, niños y adolescentes en:

- a) Programas, mensajes publicitarios y producciones de contenido pornográfico;
- b) Programas, mensajes publicitarios y producciones cuyos contenidos inciten a la violencia o sean inadecuados para su edad;
- c) La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que de manera directa o indirecta identifiquen a las víctimas de maltrato o abuso;
- d) La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación directa o indirecta o la individualización de una niña, niño o adolescente víctima de cualquier delito; y,
- e) La publicación del nombre, así como de la imagen de las niñas, niños o adolescentes procesados o sentenciados por delitos o faltas.

Artículo 48.- Derecho de rectificación o respuesta

En caso de violación de la intimidad, el honor o la propia imagen de una niña, niño o adolescente por un medio de comunicación, se garantiza el derecho de rectificación o respuesta, a través de la vía judicial, el cual podrá ser utilizado por la niña, niño o adolescente o a través de su madre, padre, representantes o responsables.

Las tres normas transcritas configuran la ideología legislativa de protección integral al honor acervus de las niñas, niños y adolescentes salvadoreños.

El derecho reconocido en este artículo 46 está fundamentado, entre otros, en el artículo 16 de la CDN que establece que:

“...1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques....”

Al respecto, el Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶⁹ en forma preclara ha establecido que:

“...Al igual que los tres artículos previos, el artículo 16 dispone de forma específica la aplicación al niño de un derecho civil fundamental, reconocido para “toda persona” en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos utiliza términos análogos, así como el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, salvo el adjetivo “ilegales” para este último.

⁶⁹ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia , UNICEF, 2004, pág 231

El artículo 16, que se aplica a todo niño sin discriminación, protege su vida privada en todas las situaciones, tanto dentro de la familia como en los hogares de guarda, las instituciones o servicios en los que pueda ser colocado. El artículo protege también a la familia y el domicilio del niño contra injerencias arbitrarias o ilegales. El artículo plantea cuestiones sobre el entorno físico en el que vive el niño, el carácter privado de sus relaciones y comunicaciones con otras personas, incluidos el derecho a recibir asesoramiento y orientación confidenciales, el control del acceso a la información acerca del niño contenida en informes o registros, etc. El derecho del niño a la vida privada dentro de la familia varía evidentemente según las estructuras familiares, las condiciones de vida y factores de otra índole que determinan la esfera de intimidad de la que dispone el niño.

Además del artículo 16, el artículo 40.2 b) vii) exige que al niño considerado culpable o acusado de infringir las leyes penales se le respete "... plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento"; a juicio del Comité de los Derechos del Niño, esta disposición debería aplicarse también en los procedimientos relativos al derecho de la familia, y cuando el niño es víctima de abusos. Es muy importante, subraya el Comité, que los medios de comunicación respeten la vida privada del niño..."

Nos obliga el artículo 46 que declara el Derecho sustantivo al honor, imagen, vida privada e intimidad, a conceptualizar su alcance y naturaleza para que en la práctica no quepa duda de la razón, intención y propósito legislativo.

Así, entendemos que en la norma se conjugan 4 elementos personalísimos del ser humano, conducentes todos a delinear la estructura personal, la identidad individual, la formación y desarrollo íntimo de la personalidad, los actos y pensamientos más íntimos del ser en cuanto a persona humana; que conjugan los bienes morales internalizados en un proceso formativo que si bien tiene la influencia de los agentes socializadores (familia, pares, comunidad, escuela), constituyen una cualidad moral individual ajena y distinta de ser a ser, o aunque similares, no por ello compartidas libremente con los demás. Este acervo moral que se conjuga en el honor, la vida privada, la imagen y la intimidad se construye en la niñez y adolescencia a través del ciclo de vida, por lo que resulta indispensable la orientación, supervisión y cuidados especiales que coadyuvan a la adecuada formación y prevengan ante situaciones que puedan incidir en la violación o amenaza a la dignidad humana.

Estos elementos pueden calificarse como subjetivos en el ser humano, variantes en su propio desarrollo desde la niñez hasta alcanzar todo su ciclo vital. La subjetividad del honor está de alguna forma intervenida por los estigmas sociales, culturales, religiosos y en fin, por los agentes externos y códigos sociales aceptados o rechazados en una época y en un lugar determinado. En esta subjetividad, los grupos sociales pueden instruir y practicar códigos de honor variadísimos. Téngase como ejemplo el honor de los amos frente a los serviles o esclavos en la época feudal, código válidamente aceptado por las clases sociales dominantes, prácticas que hoy la humanidad condena. Otro ejemplo: Ser "hijo adúltero", o de parejas no unidas en matrimonio aún constituye en muchas sociedades profundamente religiosas o moralistas, un deshonor. Por ello, el honor o deshonor resulta muchas veces un código social demarcado por la ideología dominante en un momento determinado.

Esta misma razón de subjetividad en el honor, vida privada e intimidad, conllevan a que siendo elementos que caracterizan la personalidad, sean protegidos por los derechos humanos, pues nadie ni nada debe interferir en la estructura moral personal, y en los pensamientos y actos individualísimos, mientras estos no constituyan tipos delictivos o pongan en riesgo la dignidad humana. Por tanto, tales rasgos personalísimos deben ser provistos de protección jurídica especial, impidiendo injerencias arbitrarias o ilegales, que es precisamente la intención y naturaleza de la norma consagrada en la LEPINA en su artículo 46.

La norma es así explícita y suficientemente clara en la afirmación y reconocimiento del derecho a la vida privada de los niños y adolescentes, desarrollando con precisión todos los aspectos que rodean la protección a la intimidad, honor, reputación y vida privada.

a. No obstante tal claridad en la norma, puntualicemos lo siguiente:

El honor, imagen, intimidad y vida privada como un derecho de niñas, niños y adolescentes, no significa de manera alguna que estos harán su propia vida, de forma independiente y sin ninguna relación, contacto ni control por parte de padres y madres, y por tanto, que éstos últimos nada tendrían que ver en la vida individual y más íntima de sus hijas e hijos. Lo que pretende este derecho es preservar el acervo de la personalidad individual y por tanto, es un derecho, de ejercicio pleno y goce absoluto que permite las actuaciones, orientaciones y supervisión legítimas de sus padres y madres, es decir, todas aquellas que estén dirigidas a orientar su salud, su sanidad, su higiene, su desarrollo sexológico, entre otros. Actuación legítima y no arbitraria es aquella que no impone, sino que orienta la vida privada del niño o del adolescente, sin pretender inmiscuirse, de manera tal que supla las decisiones que son exclusivas de lo privado e íntimo del niño, niña o adolescente. Insisto en que la protección a la vida privada no impide el ejercicio de los deberes-derechos de orientación, cuidado y protección que la ley consagra a los progenitores como principio en el artículo 13 de la LEPINA, y particularmente a tomar todas las previsiones necesarias para proteger y propender al desarrollo de sus hijos.

Como se deriva de lo antes dicho, no existe ningún contrasentido entre el ejercicio del derecho a la vida privada y el deber de orientación cuidado y desarrollo integral.

b. El libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la integridad personal, respectivamente, están consustanciados con el derecho a la vida privada, de forma interdependiente, de tal suerte que una injerencia arbitraria o ilegítima en la intimidad de los niños o adolescentes, podría eventualmente afectar o violentar estos otros derechos, y no sólo el del artículo 46.

c. En la proscripción establecida en el segundo inciso del artículo 46, al prohibir "...exponer o divulgar datos, imágenes o informaciones que lesionen el honor o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su

vida privada o intimidad personal y familiar". Resulta evidente que la vida privada de la niñez y adolescencia está protegida en común con la intimidad familiar. De esa forma, para la Ley resulta evidente que uno y otro derecho, vida privada e intimidad familiar se relacionan estrechamente, y por tanto, la vida privada del niño puede serlo en relación a su propia persona, considerada individualmente, como en relación a la intimidad de la vida familiar. En ambos casos, cualquier injerencia ilegal o arbitraria constituye una violación de sus derechos.

Sin duda que tanto las Entidades de Protección y Atención, como el resto de los órganos del Sistema Nacional de Protección Integral están en la obligación de respetar el derecho que expresa el artículo 46. Por tal razón, por ejemplo, se establece el deber de confidencialidad en el artículo 198 en los servicios que prestan las Asociaciones de Promoción y Asistencia, así como para los Tribunales de Protección el aseguramiento de la imagen de las niñas, niños y adolescentes en el proceso, cuando se proceda a la grabación audiovisual de las audiencias (artículo 247) y en la garantía de reserva que establece el artículo 53 que obliga a la confidencialidad de los asuntos judiciales o administrativos, a todas las personas o autoridades que intervengan en la investigación, decisión y en las medidas que se adopten.

Las prohibiciones específicas del artículo 47 están dirigidas a la protección del derecho precedente, teniendo su fundamento además de en el ya citado artículo 16 de la CDN, en el 17 acerca de las limitaciones a los medios de comunicación social. Así, el artículo 47 prohíbe: a) Programas, mensajes publicitarios y producciones de contenido pornográfico; b) Programas, mensajes publicitarios y producciones cuyos contenidos inciten a la violencia o sean inadecuados para su edad; y c) La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquiera otra expresión periodística con imagen o nombres propios de niños, niñas o adolescentes que de manera directa o indirecta identifiquen a las víctimas de maltrato o abuso. Estas prohibiciones tienen su correspondiente relación con las sanciones por infracciones leves establecidas en los artículos 201 y 202 de la LEPINA, en donde se consagran las conductas típicamente antijurídicas, tales como la de 1) Difusión de información inadecuada o nociva en medios televisivos en horarios de franja familiar; 2) Divulgar, exponer o utilizar la imagen de niñas, niños y adolescentes en contra de su voluntad y sin el conocimiento o aprobación de su madre, padre, representante o responsable; (constitutivas de Infracciones leves en los literales "h" y "j" del artículo 201), 3) Divulgar, exponer o utilizar la imagen de niñas, niños y adolescentes en programas, mensajes publicitarios, producciones y espectáculos cuyos contenidos sean inadecuados para su edad; y 4) Utilizar o exhibir el nombre o la imagen de niñas, niños o adolescentes en noticias, reportajes, crónicas, historias de vida o cualquier otra expresión periodística, que permita la identificación o individualización de aquéllos cuando se trate de víctimas de maltrato, abuso o cualquier otro delito; (constitutivas de Infracciones graves en los literales "k" y "l" del artículo 202)

Resulta ineludible para el Órgano judicial, o los entes administrativos, según sea el caso, dejar de observar la amplísima gama de situaciones que en Escuelas, Centro de atención, comunidades, familias, procesos civiles y penales, entre otros, pueden constituir serias violaciones al derecho al honor, vida privada, imagen e intimidad de niñas, niños y adolescentes. En ese sentido, no hay duda que además del celo particular en los procedimientos propios de los Tribunales, la vigilancia, supervisión y adecuados procedimientos sancionatorios son de forzoso cumplimiento para no abdicar en el mandato de este derecho.

Una particular atención merece la situación de género en tal sentido, pues por lo general en muchas Instituciones, especialmente en las investigaciones penales en fase de averiguación preliminar o en fase de juicio, las partes en el proceso formulan interrogatorios o ventilan situaciones propias de la intimidad familiar o del honor de las niñas. Si bien ello se presenta en caso de niños o adolescentes (masculinos), resulta más frecuente y casi un lugar común en la niñas o adolescentes (femeninas), aceptado por las partes, e incluso por directores del proceso. Otro tanto ocurre en las Instituciones de atención con prácticas vejatorias que pretenden conocer intimidades de las niñas y las adolescentes, o en instituciones de salud que frecuentemente realizan pruebas de virginidad, afectando abiertamente la autoestima y la intimidad (a propia instancia de los centros de salud o de padres, madres o familiares), prácticas éstas que sólo a título de ejemplo (por cuanto son muchas más), denotan claramente que existe una discriminación abierta hacia las niñas y las adolescentes, a quienes con mayor frecuencia se les atenta contra el derecho al honor e intimidad.

El Derecho de rectificación o respuesta que expresa el artículo 48 pretende subsanar el daño ocasionado por los medios de comunicación social cuando han violentado la intimidad, honor o imagen de niñas, niños o adolescentes.

Si bien resulta una norma de protección especial, restitutoria de aquél derecho, es cierto que el daño en sí mismo que ya se ocasiona con la publicación inicial, aunque después rectificada, no logra muchas veces su cometido en el imaginario colectivo, por lo que resulta necesario dejar en claro que la rectificación o respuesta dada por el medio de comunicación social a petición del propio niño, niña o adolescente, o de sus padres, madres o representantes, deja incólume y en nada perjudica ni impide dos acciones autónomas para la indemnización del daño ocasionado:

Una acción derivada del derecho común, que es la de indemnización de daños morales que corresponde a instancia de parte interesada o privada contra el medio de comunicación que causó el perjuicio a la imagen, honor, reputación o intimidad del niño, niña, adolescente o su familia. Esta acción judicial que corresponde exclusivamente al derecho civil se encuadra en el principio de derecho ordinario que establece que todo aquél que cause un daño a otro, sea moral o material, está en la obligación de resarcirlo. Aunque el resarcimiento moral es inestimable en dinero o compensación material, en gran parte del derecho civil de América y Europa, es estimable patrimonialmente.

La otra acción derivada del derecho especial de la niñez y adolescencia que como ya hemos analizado, consiste en la imposición de las sanciones respectivas por haber incurrido en infracciones leves o graves, según sea el caso, establecidas en los artículos 201 y 202 de la LEINA, respectivamente.

Por tanto, la rectificación o respuesta a que se obliga a los medios de comunicación en este artículo 48, consiste en un acto público de corrección que no impide las acciones derivadas del derecho común o del derecho especial, como hemos explicado.

También habría que, según las características del caso, considerar la configuración de los hechos punibles tipificados en el Código Penal, ya el de Calumnia (artículo 177), Difamación (artículo 178) o ya el de Injuria (artículo 179), observando específicamente que en los tres tipos delictivos el legislador penal ha agravado las penas en cada uno, cuando se ejecutan con publicidad, así como cuando se producen de forma reiterada. En ese mismo sentido, deben ser consideradas las consecuencias civiles de los actos criminales que establece el artículo 114 del mismo texto legal sustantivo penal.

5. Derecho de Refugio y Asilo

Título II Derechos de Protección Capítulo I Integridad Personal y Libertad

Artículo 49.- Derechos de refugio y asilo

Las niñas, niños y adolescentes que posean el estatus de refugiado o estén en situación de asilo en El Salvador, tienen derecho a recibir protección y asistencia legal y humanitaria para el pleno goce de sus derechos. El mismo derecho asiste a su madre, padre o a las personas encargadas de su cuidado.

Esta disposición legal guarda relación inmediata con el amplio artículo 22 de la CDN que, a los efectos de la ampliación de la norma nacional, creemos imprescindible copiar textualmente:

"...1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones

Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención...."

Sin duda que, aunque en pocas palabras, el artículo 49 de la LEPINA debe leerse en el amplio sentido dado por la CDN, destacándose que la norma nacional integra el mismo derecho de refugio y asilo a la madre, padre o personas encargadas de su cuidado.

Además del marco concreto de referencia en la CDN para este derecho, existen antecedentes del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, tales como La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), enmendada por el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967), que definen el término "refugiado" para aquellas personas o grupos familiares (por tanto aplicable a padres, madres, hijas e hijos, y otros parientes) que se encuentran fuera del país de su nacionalidad o en los casos de personas apátridas los que se encuentran fuera de su país de residencia habitual, por razones de persecución (o fundados temores de ello), por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupos sociales, opiniones políticas, no pudiendo regresar a su país, o no queriendo hacerlo debido al riesgo inminente que ello significaría. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular diversas orientaciones del Comité de Derechos del Niño y del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), han ampliado este concepto a las situaciones de hambrunas, desastres naturales o catástrofes e inclusive a desplazados internos.

La protección y asistencia humanitaria a las niñas, niños, adolescentes y sus familias a que se refiere el artículo 49, impone un grupo de acciones positivas a favor de sus derechos humanos.

Por el interés que estas acciones positivas tienen para preservar la integridad, la salud, la educación y demás derechos de los y las refugiadas, debe advertirse que frente a una situación colectiva de refugiados es precisa la intervención y activación inmediata de los Comités Locales de derechos de la Niñez y Adolescencia o en su caso del Consejo Nacional, pero frente a situaciones de refugio individual, la de las Juntas Departamentales de Protección en el municipio que corresponda, por otro país que pueda obligarle a volver a su país de origen. Estas intervenciones no impiden, sino que coadyuvan en la atención inmediata, los procedimientos para la concesión definitiva del Estatuto de Refugiado a la niña, niño, adolescente, padre o madre de que se trate, según los procedimientos legales definidos para tal fin.

La intervención con acciones positivas inmediatas, son detalladas con suficiente precisión en el Manual de Aplicación de la CDN que hemos citado anteriormente, de las que resumimos lo siguiente:

■ Acceso al territorio

Dada su vulnerabilidad, no se debería denegar el acceso al territorio a niños o adolescentes no acompañados, solicitantes de asilo o refugio.

■ Identificación y acción inicial

Las autoridades en los puestos fronterizos deberían adoptar las medidas necesarias para asegurarse de que el niño no acompañado que solicita admisión al territorio sea identificado como tal de inmediato y con total prioridad. Para su registro se debería utilizar un sistema de entrevistas. La documentación disponible del niño ayudará a asegurar que las posteriores acciones se toman en el “interés superior” del niño.

- **Se debería designar a un tutor o consejero tan pronto como se identifique.** El tutor o consejero debería tener experiencia en el cuidado de los niños, para garantizar que los intereses del niño estén protegidos y que sus necesidades se cumplan adecuadamente. Las primeras entrevistas con objeto de recopilar datos sobre su vida y su historial social se deberían realizar inmediatamente después de su llegada y de forma acorde con su edad. Es aconsejable que todas las entrevistas realizadas se lleven a cabo por profesionales calificados y personas especialmente preparadas en el tema de refugiados y niños. Si es posible, los intérpretes también deberían poseer una formación específica. En todos los casos se deberían aclarar y tomar en cuenta los puntos de vista y deseos del niño.

■ Acceso a los procedimientos de asilo

Los niños siempre deberían tener acceso a los procedimientos de asilo, independientemente de su edad.

■ Cuidado y protección provisional de niños solicitantes de asilo

Los solicitantes de asilo, especialmente si no están acompañados, tienen derecho a unos cuidados y una protección especiales.

Los solicitantes de asilo no deberían permanecer detenidos. Esto es de particular importancia en el caso de los niños no acompañados.

■ Determinación del estatuto de refugiado

Teniendo en cuenta su vulnerabilidad y sus necesidades concretas, es fundamental que se les dé prioridad a las solicitudes de refugio y que se hagan todos los esfuerzos necesarios para alcanzar una decisión objetiva en la mayor brevedad posible.

Al no ser legalmente independiente, un niño solicitante de asilo debería estar representado por un adulto, familiarizado con las circunstancias del niño, que protegerá sus intereses. Las entrevistas deberían llevarlas a cabo personal preparado y cualificado para ello. Las solicitudes deberían tramitarse con la mayor brevedad posible. En el examen de los elementos objetivos de la solicitud de un niño o niña no acompañados, se debe prestar especial atención a circunstancias como el grado de madurez, su conocimiento

posiblemente limitado de la situación del país de origen, y la importancia de tales factores para el concepto legal del estatuto de refugiado, así como su especial vulnerabilidad.

Diversas experiencias en países de la región de ALC han dado significado a las rápidas actuaciones de protección especial desde los órganos de los Sistemas de Protección de la Niñez y Adolescencia. En Venezuela, por ejemplo, en la zona fronteriza con Colombia, país que libra una guerra interna, la creación y funcionamiento de Defensorías de Niñas, Niños y Adolescentes y de los Consejos de Protección (asimilables respectivamente en El Salvador a Las Asociaciones de Promoción y Asistencia y a las Juntas Departamentales de Protección creadas por la LEPINA), han permitido acciones positivas inmediatas a familias que sufren persecuciones de grupos armados colombianos, dictando medidas de protección para preservar su integridad, integración a programas de recuperación psicoafectiva y social, al tiempo que facilitan la vinculación con los organismos públicos y ACNUR para la tramitación de la condición legal y asignación del estatuto de refugiados. Esta, como muchas otras experiencias reivindica la importancia del fortalecimiento de los órganos locales de protección de la niñez y adolescencia, y la preparación específica de su personal en el marco de acciones y medidas inmediatas frente a la situación de los refugiados y/o solicitantes de asilo.

6. Derecho y Protección Especial a la Justicia

DERECHO Y PROTECCION ESPECIAL A LA JUSTICIA Y DEFENSA MATERIAL DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 50.- Defensa material de sus derechos

Las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a defenderse con todos los medios que la Ley disponga, ante cualquier persona, entidad u organismo, sea este público o privado.

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

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

Artículo 51.- Derecho de acceso a la justicia

Se garantiza a las niñas, niños y adolescentes el acceso gratuito a la justicia; lo cual incluye, entre otros elementos, los siguientes:

- a) Asesoría y atención especializada en materia de protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia;
- b) Atención prioritaria tanto en sede judicial como en las instituciones auxiliares de la administración de justicia, sedes policiales y administrativas;
- c) Adopción de medidas de protección de su identidad y la de sus familiares, cuando resulte procedente;
- d) Facilidades para la rendición de su testimonio en ambientes no formales ni hostiles; y de considerarse necesario, por medio de circuito cerrado o teleconferencia, y grabación de su testimonio para facilitar su reproducción en audiencia administrativa o judicial, cuando sea posible y necesario;
- e) Seguimiento de las acciones iniciadas y ejecución de las resoluciones para la protección de la niñez y la adolescencia;
- f) Información a las niñas, niños y adolescentes del estado de sus procesos judiciales y procedimientos administrativos;
- g) Disponibilidad y adecuada distribución territorial de los servicios;
- h) Trato digno y respetuoso a la niña, niño y adolescente, así como a su madre, padre, representantes o responsables;
- i) Disponibilidad de material divulgativo, informativo y de orientación sobre los procesos judiciales y procedimientos administrativos para la defensa de los derechos de la niñez y de la adolescencia;
- j) Redacción clara y sencilla de las resoluciones judiciales y administrativas;
- k) Garantía del derecho de opinar de la niña, niño y adolescente en todos aquellos procesos judiciales y procedimientos administrativos cuya decisión les afecte de manera directa o indirecta; y,
- l) La resolución ágil y oportuna de los procedimientos administrativos y los procesos judiciales.

Artículo 52.- Derecho al debido proceso

En cualquier procedimiento, judicial o administrativo, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho al debido proceso, en los términos consagrados en la Constitución de la República, en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico.

En cualquier caso, las autoridades administrativas y judiciales deberán evitar las actuaciones que provoquen mayores perjuicios a las niñas, niños y adolescentes, incrementando su victimización.

Artículo 53.- Garantía de reserva

Todas las autoridades o personas que intervengan en la investigación y decisión de asuntos judiciales o administrativos relativos a niñas, niños y adolescentes, así como en la aplicación de las medidas que se adopten, están obligados a guardar secreto sobre los asuntos que conozcan, los que se consideran confidenciales, reservados y no podrán divulgarse en ningún caso. Sin embargo, las madres, padres, representantes legales y responsables tendrán acceso a las actuaciones y expedientes respectivos.

También podrán las autoridades judiciales y administrativas permitir el acceso a expedientes, a las instituciones acreditadas que realicen investigaciones con fines científicos, con la condición de guardar secreto de las identidades.

En cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, queda prohibida la reproducción total o parcial de los expedientes relacionados con niñas, niños y adolescentes, salvo que fuere en interés de los mismos, para intentar acciones judiciales o administrativas o para divulgar la doctrina contenida, sin que en este último caso pueda identificárseles.

El Derecho a la justicia comprende, como sabemos, no sólo el acceso a los órganos de administración de justicia, sino que se extiende a los elementos intrínsecos del proceso justo y debido, guiado por un caudal de principios adjetivos que permiten efectivamente que la persona humana, ante un conflicto de derechos o intereses, sea tratado con dignidad, humanidad y respeto a sus derechos fundamentales, y además se le provea de la defensa efectiva, a través de las instituciones del derecho procesal correspondientes. Una justicia ágil, célere, pero sin derechos procesales como el principio de oportunidad procesal, el derecho de defensa técnica y material, la presunción de inocencia, la doble instancia, la revisión o recurso extraordinario de derecho de las decisiones de instancia, la igualdad y probidad procesal, la imparcialidad del juzgador, entre otros; no sería justicia.

Para entender la extensión que ocupan los 4 artículos que principalmente se destinan a este tema como Derecho Humano reconocido a la niñez y Adolescencia en la LEPINA, creemos prudente recordar algunos elementos propios que informan el contenido amplio del derecho a la justicia, de la siguiente forma:

PRINCIPIOS	GARANTIAS BASICAS
	Supone la existencia de requisitos esenciales para la validez y legalidad de la jurisdicción: • Juez Natural (un Juez Penal, si la causa es de esta naturaleza, y no uno de naturaleza civil, o un juez de protección, si la causa es de esta naturaleza. Esta garantía está vinculada intrínsecamente al principio de especialidad que trataremos subsiguientemente). • Defensor. • Acusador. • Imparcialidad del órgano y del Juzgador.
Contradictorio	• Clara definición de los roles de los actores procesales: • Juez. • Imputado (Defensor) -en materia penal.- • Ministerio Público (Acusador) -en materia penal.- • Defensa técnica. • Defensa Material. • Clara actuación e igualdad de derechos procesales para el imputado y para el acusador.
Presunción de Inocencia	• Al procesado se le tendrá como no culpable (inocente) hasta tanto se produzcan todos los trámites procesales justos y necesarios que logren establecer: • Ocurrencia del hecho delictivo. • Responsabilidad del autor. • Sólo la sentencia definitivamente firme declara la culpabilidad, por lo que se le presumirá inocente hasta la última instancia judicial.
Inviolabilidad de la Defensa	• Derecho de defensa en todo estado y grado de la causa, es decir desde el momento en que se imputa la comisión del hecho delictivo, lo cual supone: • Información precisa del hecho que se imputa. • Defensa en todos los actos procesales (principales, incidentales y ejecutivos). • Nombramiento de Defensor público en caso de no tener uno privado. • Derecho de Defensa material y técnica en los procesos civiles, de familia y de protección: • Defensa privada, o pública proporcionada por el Estado.
Impugnación	• Derecho a recurrir a una instancia superior, independiente, imparcial y competente para que revise la sentencia producida por el juez inferior. • Derecho a recurrir al órgano Judicial de mayor jerarquía para que se observen cuestiones de derecho. • Impugnación de los actos y decisiones incidentales que causan estado o perjuicio irreparable.
Libertad	• La libertad es el principio y su privación es la excepción. • No se produce detención sino por un hecho que constituya delito. • La privación de libertad es sólo de carácter excepcional y procede solamente en los casos y en las condiciones de humanidad que establece previamente la ley.

Confidencialidad

- Resguardo del Honor, intimidad y vida privada del Niño, Niña o Adolescente en el proceso.
- Prohibición de publicación o divulgación de las actas y actos del proceso.
- Audiencias privadas.
- Obligación de secreto procesal para funcionarios.

NOTA: En cuanto a la materia penal de adolescentes que se encuentra en conflicto con la ley, creemos necesario acotar brevemente que las garantías que el Estado debe prestar, en definitiva, cuando se presume la comisión de un delito o cuando ocurre un acto criminal en el que se presume la participación y/o responsabilidad de adolescentes como sujetos activos en su comisión, son:

- **Garantías sustantivas**, expresadas fundamentalmente en el principio de legalidad de los delitos y de las penas, desarrolladas especialmente en las leyes sustantivas penales.

- **Garantías adjetivas**, expresadas básicamente en el principio de legalidad procesal y desarrolladas especialmente en un debido proceso (investigación criminal y enjuiciamiento), y

- **Garantías en la ejecución**, expresadas esencialmente en el principio de legalidad de la ejecución, que se desarrolla no sólo en las normas previstas en ley, sino además en un compendio de principios y derechos fundamentales que caracterizan la ejecución misma.

Como se sabe, estos tres grandes grupos de garantías en materia penal de adolescentes, tienen rasgos particulares, principios sui géneris y exclusivos, y características que le diferencian (por contener garantías especiales llamadas de “discriminación positiva”), que no posee el derecho penal ordinario o de adultos. A su vez, estas garantías se encuentran interconectadas, pues, al menos los principios de humanidad, dignidad e igualdad, le son informantes y comunes, aplicados a las circunstancias propias de lo sustantivo, lo adjetivo y lo ejecutivo.

Por otro lado, el órgano judicial a quien compete el conocimiento de una causa sobre los derechos de niñas, niños y adolescentes, debe ser especializado, por razón del principio de especialidad que se desprende del artículo 4, en concordancia con los artículos 37 y 40 de la CDN, y en general, de todo el contexto normativo internacional en la materia que expresamente establece el carácter y naturaleza especial de órganos, instituciones, Programas, Políticas y acciones a favor de los derechos de la niñez y adolescencia.

El Principio de especialidad, no tiene el reducido significado que pretende entenderlo como “la capacitación” o “especialización” de personas y/o Instituciones en la materia, sino la amplia acepción de la especialidad y exclusividad de estas personas y órganos.

De esa manera, la especialidad es un principio universal para los derechos humanos de la niñez y adolescencia. Se debe considerar que el carácter especial de las normas sobre niños, niñas y adolescentes se encuentra derivado de uno de los principios fundamentales de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, cual es el principio de prioridad absoluta que, como se ha dicho, está contenido en el artículo 4 de este instrumento internacional. Así, el compromiso que asumen los Estados parte de la Convención sobre los Derechos del Niño en adecuar sus leyes internas a los postulados, normas y principios de este instrumento internacional, no solo está orientado a la coherencia de la ley interna con la Convención, sino

a la especialidad intrínseca de estas normas, lo que también obliga a no confundirlas en leyes generales, sino particularizarlas en las leyes especiales sobre niñez. En ese sentido, la política legislativa del Estado está obligada a observar particular celo en la consagración de normas especiales dirigidas a la regulación de los derechos de los niños que desarrollen instituciones, instancias, órganos y regímenes especiales, con estricto enfoque de derechos humanos.⁷⁰

Desde la segunda mitad del siglo XX, toda la doctrina sobre niñez inició cambios hacia la especialización, al punto de ser considerada hoy día como una rama autónoma con principios y reglas propias. Así, toda la atención de niños, niñas y adolescentes está orientada a su especialidad, en los siguientes aspectos:

- **Las instituciones para el diseño y programación de las políticas sociales dirigidas a los niños** se separan de manera sustancial de las que planifican éstas políticas para el resto de la población, creándose toda una institucionalidad especial sobre niñez en casi todos los países de la región de América Latina, El Caribe, y Europa.
- **Los programas de atención, inserción, habilitación, los servicios, etc. deben conservar la especialidad de los niños**, en razón de ser sujetos que ameritan una denodada y especialísima atención.
- **Los órganos e instituciones administrativas y judiciales de control y restitución de derechos humanos** (sean para derechos colectivos o difusos, o sean de protección individual), si bien co-actúan con el resto de las instituciones del Estado, se encuentran instituidos de manera autónoma e independiente, considerados como parte de la organización especial de protección que se dirige exclusivamente a niños y adolescentes (Por ejemplo, jueces de niños, fiscales de niñez, defensorías de niños, consejos, comités locales o juntas de protección y restitución, etc.)
- **De igual forma se comporta el área penal**, en donde inicialmente se mantenía a los niños y jóvenes privados de libertad en las mismas cárceles de los adultos y sin programas socioeducativos especiales, cambiando progresiva pero radicalmente hasta conquistar

⁷⁰ Sobre la especialidad de las leyes de protección a la niñez, es pertinente traer las diversas disposiciones asumidas por el Comité de Derechos del Niño de Ginebra, que es el organismo instruido por la CDN para hacer el seguimiento internacional a la implementación de los derechos de los niños en el mundo. Este Comité ha sugerido en forma general que todos los países deben tomar las medidas especiales a su alcance para "...garantizar que los procesos de reforma sobre legislación de niños se ajusten plenamente a los principios y disposiciones de la Convención..." , refiriéndose siempre a "leyes que atañen a los niños" y recomendando estas adecuaciones legislativas dentro de las medidas especiales que deben tomar los Estados parte de este instrumento internacional, vinculado al principio de prioridad absoluta que se deriva del artículo 3 de ella. En tal sentido, para el Comité, como intérprete internacional de la Convención, no es adecuado que se promulguen varias leyes que en su contexto tengan que ver con los niños, sino que debe existir una política legislativa global que los considere con especialidad y prioridad (véase, entre otros, el informe CRC/C/15/Add.233, del 30 de junio de 2004, sobre Panamá, UNICEF. Compilación de Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre países de América Latina y el Caribe (1993-2004)). Las observaciones y recomendaciones de este Comité han estado dirigidas a la orientación de los países para que asuman una legislación nacional para la niñez y adolescencia, con independencia del resto de la legislación disgregada que atañe a niños y adolescentes, aunque siempre cuidando que esta última también se corresponda con los principios y normas de la CDN. También véase la Observación general número 10 del Comité de Derechos del Niño que destaca en su totalidad los elementos que configuran la especialidad de órganos, leyes, procedimientos, programas e instituciones para la niñez y adolescencia. De igual forma, debe considerarse en este sentido lo que en la Doctrina general de Derechos Humanos se ha denominado como "discriminación positiva", lo cual indica el carácter especial en materia institucional, social y legal, entre otras, y por tanto, expresa que la materia de niños y niñas debe mantenerse en legislaciones especiales, y no diluida en legislaciones generales sobre otras materias.

el tratamiento especial de la población de adolescentes en conflicto con la ley penal no sólo en la separación de los centros de privación de libertad, sino en todos y cada uno de sus aspectos: medidas socioeducativas, proceso penal, legislación, etc. todas de carácter especial y plenamente diferenciadas de los procesos de adultos y de la legislación de los códigos sustantivos y adjetivos ordinarios. Como extensivamente hemos insistido en esta obra la CDN establece el compromiso a los Estados parte para que tomen medidas de efectividad, y entre ellas las del establecimiento de Políticas, Leyes, procedimientos, autoridades e Instituciones específicas (léase exclusivas), para los niños de quienes se alegue o impute un delito o que hayan infringido las leyes penales (Artículo 40 CDN, en concordancia con su artículos 37 y 4). El propósito es claro en el área penal de adolescentes, pues se trata de la regulación de un sistema penal de adolescentes diferenciado sustancialmente del sistema penal ordinario o de adultos (en todos sus componentes sustantivos, adjetivos y ejecutivos), por lo que esta diferenciación consagra derechos procesales especiales, jueces exclusivos para adolescentes, leyes y normas que definen delitos y establecen sanciones diferenciadas y formas de cumplimiento de penas con programas especializados. La observación General número 10 del Comité de Derechos del Niño que ya hemos comentado se expresa contundentemente en ese sentido, estableciendo que este sistema diferenciado de justicia para la niñez y adolescencia precisa de instancias especializadas en "...la policía, la judicatura, el sistema judicial y la fiscalía, y la disponibilidad de defensores especializados u otros representantes encargados de prestar al menor asistencia jurídica u otra asistencia adecuada..."⁷¹, recomendando también la instauración de Tribunales de niñez y adolescencia separados de los tribunales ordinarios. Por lo demás, tanto las Directrices de UN para la Prevención de la delincuencia Juvenil, como las Reglas de Beijing y la Convención Americana de derechos Humanos, son instrumento de la especialidad en sentido de exclusividad de Tribunales, Leyes, Procedimientos, Programas de inserción y cumplimiento de sanciones en los casos de Adolescentes que han cometido delitos.

- **El Estudio, asignación presupuestaria y la destinación de recursos deben ser atendidos en planes** que determinen montos, proporciones y áreas presupuestarias totalmente independientes del resto de las consignaciones presupuestarias de los órganos de planificación dirigida a otros sectores de la población, aspecto también en el que el Comité de Derechos del Niño de Ginebra ha insistido de manera reiterada⁷².

71 COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Ob. Cit. Párrafos 92 y 93.

72 véase Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Unicef.

La calificación del carácter especial de todos los asuntos relacionados con los derechos de la niñez, incluyendo las disposiciones legislativas de protección, se corresponden con la necesidad de dar atención prioritaria a una población que lo reclama por su condición de desarrollo y por los especiales derechos que detenta, los cuales en no pocas normas adquieren características diferenciadas de los derechos de los adultos, como es el caso, por ejemplo, del derecho a la nutrición adecuada, que debe serlo según los requerimientos de sus diversas edades de desarrollo, o la comprensión social y la respuesta diferenciada respecto a los adultos frente al hecho delictual según las edades y la evolución de sus facultades, o el derecho a la educación que en términos precisos para la niñez tiene características especiales. En síntesis, se requiere del carácter especial de atención y protección a la niñez, con instituciones especiales, y con normas legales de naturaleza exclusiva para éstos. Se trata de un principio de especialidad y exclusividad al que están obligados a ceñirse los Estados que, como El Salvador, son parte de la CDN.

La creación de los "Juzgados Especializados y Cámaras Especializadas de Niñez y Adolescencia", por parte de la LEPINA y del Decreto No. 306 que reforma a la Ley Orgánica Judicial y Crea los Juzgados y Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia, responde sin duda al criterio de especialidad. Para que ésta especialidad tenga la autonomía del resto del derecho y de la estructura del poder judicial, nunca debe confundirse con múltiples competencias por la materia, que tengan que dirimir conflictos de otros sectores sociales u otras áreas judiciales. Por ello, debe propenderse siempre a la especialidad exclusiva de Tribunales y Procedimientos de Niñez y Adolescencia.

Resulta de los artículos 50 al 53 de la LEPINA que estamos comentando, tanto una amplia definición de la Defensa material de los derechos que impone el derecho de niñas, niños y adolescentes a defenderse ante cualquier organismo, público o privado, sea instancia administrativa o judicial, como también una extensa garantía de acceso a la justicia, sea de instancia protectora, penal o de otra índole. Así, las previsiones y garantías que estatuye el artículo 51 resumen las observaciones generales que el Comité de Derechos del Niño ha formulado⁷³. Sobre ello se determinan, sin lugar a dudas, garantías especiales para la niñez y adolescencia en los procesos judiciales, que difieren positivamente de las garantías generales para todas las personas. Tómese en cuenta que estas son garantías especiales y generales, por lo que privan en todo proceso judicial. No debe errarse considerándolas sólo para las materias que prevé la LEPINA, sino para todos los actos de justicia que involucren a Niñas, Niños y Adolescentes, por lo que deben ser considerados no sólo por los Tribunales de Protección, sino por todos los jueces de la República en donde cursen causas judiciales que tengan como partes del proceso a niñas, niños o adolescentes, y aún más, también en los procedimientos administrativos que también involucren sus derechos.

73 COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO DE GINEBRA: Observación General Nro. 5 y Observación General Nro 10.

Un apretado resumen de las garantías especiales hace el artículo 51 de la LEPINA, así como el derecho al debido proceso en el artículo 52, y la garantía de reserva del artículo 53, en donde se destacan gran parte de las consideraciones ya vertidas en esta obra. Toda vez de este articulado y precisamente derivado de ellos, es menester tener en consideración que en cuanto a las materias procesales allí garantizadas, tales como la Defensa Material, el debido Proceso, Defensa técnica (El literal "a" del artículo 51 la define como "...Asesoría y atención especializada en materia de protección de los derechos de la niñez y de la adolescencia..."); entre otras garantías, que éstas lo son tanto en los procedimientos administrativos, como en los procesos judiciales. Insistimos en ello, por cuanto, no debe incurirse en el error de praxis forense que confunde la defensa material (Derecho a acudir a las instancias para defender sus derechos), con la Defensa técnica, por abogados públicos o privados del propio niño, niña o adolescentes.

También es necesario considerar en este acápite la importancia que tienen las siguientes normas: El artículo 218 sobre la capacidad procesal de los NNA, que establece ésta facultad y derecho, con intervención representada por padres, madres y otros representantes, si son menores de catorce años de edad, y los mayores de esta edad a través de apoderado judicial, con las excepciones allí establecidas; el artículo 219 sobre la legitimación activa que faculta a la actuación de niñas, niños y adolescentes para requerir la protección judicial cuando sus derechos han sido amenazados o vulnerados, y el artículo 220 que obliga a la Procuraduría General de la República a brindar asistencia legal y representarlos judicialmente en los casos en que les corresponda legalmente o cuando el padre, la madre, representantes o responsables no puedan o no deban hacerlo. Esta misma norma establece que a tales efectos la PGR debe adscribir al menor un Defensor Público especializado en la materia en cada uno de los Tribunales especializados.

Así, surgirán interrogantes sobre el derecho de defensa en su sentido más integral. ¿Si la LEPINA reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, son entonces legitimados (activos o pasivos), en los procesos judiciales en los que sean parte o tengan interés? ¿Lo son entonces en los procesos de obligaciones alimentarias, Guarda o Custodia o en otros procesos del derecho de Familia en los que esté en juego su interés superior? Nos preguntamos también, si en aplicación del interés superior del niño no debe "oírse" la opinión del niño, niña o adolescente en la cualidad de parte en el proceso? O son únicamente los adultos "las partes" en el proceso de obligación de alimentos, por ejemplo, o en el de responsabilidad de crianza?

Nos obligan estas interrogantes a remitirnos al artículo 94 de la LEPINA que en el marco de los Derechos de participación, consagra el de opinar y ser oído, y en particular al texto de esta norma que establece que

"...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..."

"...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..."

Resultaría una paradoja inexplicable e inaceptable que la niñez y adolescencia tenga una Ley especial que reconozca sus derechos humanos, que les califica como sujetos plenos de derechos, y por tanto con los derechos a exigir sus propios derechos ante cualquier instancia; y siendo estos los que se ventilan y dirimen en los procesos de protección, en los de familia, o en otros similares; sean las madres, los padres, representantes o responsables los que tengan abogados, mientras que quienes son parte procesal principalísima, resultan sin abogado o defensa técnica, sólo "capaces" procesales para ser oídos, escuchar su opinión, que no es igual a "defender sus derechos", puesto que la defensa material, esto es la capacidad de ser parte, se vería relajada sustancialmente si no cuentan de forma directa con la defensa técnica especializada de abogados que, incluso frente a padres o madres, defiendan sus derechos con la experticia de las ciencias jurídicas.

No obstante los avances de las legislaciones latinoamericanas y del Caribe en la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, y en particular, el reconocimiento de derechos procesales, aún la representación judicial y la defensa técnica le asiste a los adultos. Así, el Estado le garantiza a madres, padres u otros terceros los abogados públicos cuando no tienen capacidad para sufragar uno privado, mientras que a la niña, niño o adolescente en el proceso, solo se le permite "...opinar y ser oído...". Es evidente la distancia entre el acto de opinar y la valoración de la opinión del sujeto niño o niña, o adolescente, y la cualidad de sujeto procesal con defensa técnica apropiada.

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. Se dirá entonces que la madre o el padre, según sea el caso, representa estos "derechos"? Cómo puede el niño o niña, el o la adolescente si no es parte, controvertir un determinado alegato de esos progenitores en juicio? ¿Basta con "oír la opinión"? ¿O es suficiente con que la Defensa Pública asista a una de las partes adultas en el proceso judicial?.

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.

7. Protección en casos de Desastres y Conflictos Armados

Título II Derechos de Protección Capítulo I Integridad Personal y Libertad

Artículo 54.- Protección especial en casos de desastres y conflictos armados

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a protección especial en casos de desastres naturales y conflictos armados internos o internacionales. Esta protección se expresará, entre otras medidas, en la provisión prioritaria de medios de evacuación de las zonas afectadas, alojamiento, alimentación, atención médica y psicológica, así como la dotación de medicamentos.

El Estado debe garantizar la preservación del derecho a la identidad de las niñas, niños y adolescentes y a la reintegración familiar a la brevedad posible, y además considerar las observaciones del Protocolo Optativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de los Niños en los Conflictos Armados

Adecuado primigeniamente del artículo 38 de la CDN, en cuanto a los conflictos armados se refiere, y su Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁷⁴, y en lo atinente a la protección de desastres o calamidades naturales, tanto en el marco de protección especial y prioridad absoluta de la propia CDN, además en acuerdos, resoluciones y marcos de acción para la atención de la niñez y familias en situaciones de desastres o calamidades⁷⁵; este artículo 54 merece particular atención de los órganos públicos, y constituye así una materia propia de las políticas de Estado a ser incorporada en los planes, acciones, programas y proyectos que garantizan la permanencia de éstos para la protección especial de la niñez en tales situaciones. Con ello queremos decir, que las naciones deben estar preparadas, con planes y acciones propios para la atención de la niñez y adolescencia en casos de desastres naturales o conflictos armados, y no actuar reactivamente cuando estos casos ocurren.

El Salvador ha ratificado el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁷⁶ y, por tanto, es Estado parte del mismo, por lo que se obliga a poner en práctica las normas, providencias y medidas de efectividad del mismo, en consonancia con los estándares internacionales y las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño en la materia. En tal sentido se hace necesario observar particularmente algunas consideraciones resultantes sobre la naturaleza y alcance de este Protocolo.

74 Aprobado por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000, con entrada en vigor el 12 de febrero de 2002

75 Entre ellos el Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres, aprobado en la novena sesión plenaria de la Conferencia Mundial sobre la Reducción de los Desastres en fecha 22 de enero de 2005.

76 Mediante Decreto N° 609, Publicado en el Diario Oficial No 238, Tomo No. 353, del 17 de diciembre de 2001.

En efecto, la situación de los niños víctimas de los conflictos armados en el mundo reviste tanta importancia cuanto cruel y alarmante se ha tornado en los últimos 20 años.

Hoy día, no se habla de Niños víctimas de los conflictos armados para referirnos exclusivamente a los millones que se ven precisados a huir de cualquier tipo de guerra (local, tribal, nacional, internacional), o a los no menos que pierden la vida, o quedan huérfanos, lesionados o discapacitados por efecto de los enfrentamientos armados; sino también a los cientos de miles de niños que se involucran (los involucran es más apropiado decir), de forma directa o indirecta en las hostilidades de cualquier especie.

En efecto, se estima que en los últimos 14 años, más de 2 millones de niños han muerto en el mundo a causa de la guerra, 6 millones han resultado heridos o discapacitados de por vida, más de 30 millones han perdido sus hogares, 4 millones están desaparecidos, y para el año 2003, sin contar con las posteriores confrontaciones en Afganistán, Irak, el Líbano, Libia, etc se conocían más de 300 mil niños participando de forma directa en 30 confrontaciones bélicas.⁷⁷

La Convención sobre los Derechos del Niño, como hemos explicado suficientemente reconoce a los niños (de 0 hasta 18 años), como sujetos plenos de derechos, esto es, personas humanas con capacidad social y jurídica progresiva, titulares de derechos y garantías, que son exigibles frente al Estado y al resto de las personas, y que en tal cualidad deben ser tratados con respeto inalienable y sin discriminación a su dignidad humana.

No obstante a este hito histórico en el derecho internacional de los derechos humanos que ha fundado un cambio paradigmático en la visión del tratamiento de la niñez; persisten claras y abismales condiciones materiales, culturales, educacionales y sociales de desigualdad en la población de niños en el mundo, siendo uno de los grupos etarios estadísticamente mayoritarios e igualmente vulnerados y vulnerables. Por ello, la CDN no sólo es un instrumento jurídico internacional de Derechos Humanos sino también un proyecto de sociedad distinta que compromete a construir las bases del cambio social desde, con y para los niños. En ese marco, la propia CDN está invitada a sufrir históricas transformaciones en aquellos aspectos normativos que inicialmente concibió para un momento histórico y que, al transcurrir del tiempo adicionado a la realidad de este grupo vulnerable en el mundo, precisa de cambios relevantes que transformen con precisión el reconocimiento progresivo de situaciones y derechos, y la protección especial de aquellos niños que se encuentran aún más vulnerados que el resto de la población de sus pares. Es este el caso de la previsión del artículo 38 de la CDN que, por razones históricas vinculadas a las propias discusiones del proyecto original y las diferentes culturas y gobiernos participantes, no extendió la protección de los niños utilizados en grupos armados hasta los 18 años, sino hasta la edad de 15 años, estableciendo de esa forma una contradicción a los postulados que propugna el resto del texto del tratado internacional y, especialmente, en sus artículos 1, referido a la edad de protección hasta los 18 años, y 2 referido a la igualdad y no discriminación, incluso por razones de edad.

Por tanto, se precisaba de un instrumento adicional a la CDN que, tomando como base y fundamentos los principios, postulados y normas de esta Convención, fundara las normas de protección especial a los niños que participan en conflictos armados. Surge así, el "Protocolo facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados" que estamos comentando.

77 UNICEF. Impacto del Conflicto Armado en los Niños, Niñas y Adolescentes. Oficina Regional para América Latina y el Caribe. Pág 4.

En los países de América Latina, muy poco se ha tratado sobre la importancia del Protocolo en el ámbito de la protección especial de los Derechos Humanos, no tan solo por ser un instrumento de data reciente, sino también porque se ha malinterpretado como de exclusiva aplicación a combates armados, cuando su amplitud programática y normativa prevé un mayor alcance, incluso a fuerzas regulares y alistamiento de niños en las Fuerzas Armadas de un Estado.

Por ello resulta relevante develar que el Protocolo desarrolla normas particulares de protección especial, que deben tenerse como adhesión al artículo 38 de la CDN, y por tanto, son parte integral de la misma. Este protocolo desarrolla la orientación y mandato sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas, sociales y educativas que deben desarrollar los Estados parte en situaciones que en su territorio se vinculen o involucren a niños en conflictos armados.

El Protocolo Facultativo a la CDN es expreso como norma internacional de Derechos Humanos al considerar y condenar todos los actos en los que se utilicen, alisten o recluten a niños en grupos y conflictos armados. En particular, desde el Preámbulo se hace expresa la ideología condenatoria del derecho internacional a este tipo criminal, alentando a la consideración de quienes lo ejecuten como criminales de guerra y calificando a los actos ejecutados con el carácter penal, mientras que caracteriza y califica a los niños que los sufren como víctimas o sujetos pasivos, que deben ser objeto de protección especial.

Se expresa claramente el preámbulo del Protocolo en la calificación de "utilización" y "reclutamiento" de niños en hostilidades por grupos armados internos o internacionales, todo lo cual orienta el carácter también expreso de los niños como víctimas y excluye de consecuencia lógica la posibilidad de considerarles como victimarios. Evidentemente que los niños no pueden ser agentes delictivos al tiempo que son sujetos pasivos de la acción criminal. Es decir, no pueden ser agentes de su propia acción como víctimas. No es posible la dualidad de sujetos criminales y de víctimas en una misma persona, ni siquiera cuando se trata del suicidio, tipo penal que en la mayoría de los países y en el tratamiento de la doctrina penal excluye la culpabilidad en el agente por la muerte misma, pero también la excluye cuando se trata de un acto inacabado, bien por la frustración o por la tentativa.

Acerca de las normas del Protocolo sobre utilización de niños en grupos armados, las consecuencias penales y sujetos activos de la violación de derechos humanos, se destaca de manera expresa el artículo 4 del Protocolo Facultativo a la CDN, que desarrolla una norma de prohibición como garantía primaria de protección a los niños, al establecer que los Estados partes "...no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años" y esa misma norma obliga a castigar por medios legales esas prácticas criminales, todo lo cual constituye sin duda una expresión normativa clara en cuanto a la definición del reclutamiento y utilización de niños como una figura delictiva que atenta contra los derechos humanos.

La hermenéutica jurídica obliga a interpretar que si el reclutamiento y utilización de niños en conflictos armados constituye un delito de violación de derechos humanos, la acción de cualquier niño en estas circunstancias siempre será un delito cometido en su contra, no un

delito cometido por el niño. Parafraseándolo con la explicada figura del suicidio como delito, se castiga al que induce o al que obliga al suicidio a otra persona, pero no se castiga al suicida, es decir, a quien lo ejecuta. En el caso de niños en conflicto armado se castiga al que lo induce, recluta o utiliza, pero no se castiga al niño que lo ejecuta. Muchos delitos no se castigan por razones humanitarias y criminológicas, entre ellas, porque el daño ocasionado es mayor que la pena que se pueda imponer, y ello hace prescindir de consideraciones meramente penológicas para dar paso a los principios criminológicos, exceptuando de responsabilidad penal, incluso exonerando del juicio a las personas que se encuentran en estas situaciones.

Sobre la protección especial a niños vinculados a grupos armados y los Programas aplicables el artículo 6 del Protocolo facultativo a la CDN, en su numeral tercero, insiste en el tratamiento de protección, totalmente despenalizado, de los niños víctimas de conflictos armados, obligando a la desmovilización de estos y a prestar asistencia para su recuperación física, psicológica y reintegración social. Como se nota, esta disposición expresa el sentido protector y restitutorio del derecho humano violado, fuera de la esfera de aplicación penal, y más bien en la esfera de la protección social especial, en el entendido de que no se puede castigar a quien ya ha sufrido los efectos de una acción dañosa para su vida, supervivencia y desarrollo que son en definitiva los bienes jurídicos protegidos por el protocolo; ordenando la restitución de la situación de derecho infringida por el acto criminal de la utilización o reclutamiento.

Todo ello obliga a considerar como efecto la exoneración de responsabilidad delictual a las niñas, niños o adolescentes vinculados a conflictos armados en el marco del Protocolo Facultativo a la CDN y en coherencia con el artículo 54 de la LEPINA que rescata la protección especial en estas situaciones. Por tanto, la legislación interna salvadoreña de carácter especial en materia de derechos a la niñez y adolescencia, y con reconocimiento particular de los principios de derechos humanos, la LEPINA, y la ratificación del Protocolo en referencia, resultan coherentes con el pensamiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los niños, resultando evidente que en este marco los niños y adolescentes son sujetos pasivos de los actos criminales que se describen en el Protocolo, y por tanto no son imputables por las consecuencias antijurídicas de tales actos, es decir, el acto ejecutado por los niños en tales circunstancias no es causal al efecto antijurídico de la norma penal, y así, no revisten carácter penal. Por tanto, la LEPINA en esta materia, al declarar la protección especial de niñas, niños y adolescentes en casos de conflictos armados internos o internacionales y ordenar que esta protección se exprese en medidas prioritarias, tales como provisión de medios de evacuación de las zonas afectadas, alojamiento, alimentación, atención médica y psicológica, así como la dotación de medicamentos; es perfectamente concordante con los analizados artículos 4 y 6 del protocolo facultativo a la CDN, a su preámbulo o motivación y al artículo 38 de la propia Convención.

A este marco internacional hay que agregar que El 1º de junio de 1999 la Organización Internacional del Trabajo —OIT— aprobó el Convenio C-182 sobre las peores formas de trabajo infantil que considera estas situaciones como meritorias de protección, descartando de plano la posibilidad de la aplicación de leyes penales. Así se desprende del contenido de su artículo 3 particulares “a” y “d”. De otra parte, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado

el 17 de julio de 1998, se incluye entre los crímenes de guerra la conducta de reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos no estatales, o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

Sin duda que, hoy día, en el marco del Derecho Internacional, ratificado por El Salvador, el involucramiento de niñas, niños o adolescentes en conflictos armados y/o su utilización en cualquier forma, tiene como efectos principales: 1) Constituye un delito contra los derechos humanos por parte de quienes lo ejecuten, por ser una conducta prohibida por la legislación nacional e internacional, y 2) Impone medidas de protección especial para el niño, niña o adolescente en tal situación, que excluyen la responsabilidad penal específica por los actos en que participen, obviamente, vinculados a enfrentamientos armados de grupos irregulares, o reclutamientos antes de la edad prevista por el artículo 3 en el caso de las Fuerzas Armadas Nacionales.

En este marco de derecho, la participación de niños y adolescentes en conflictos o en grupos armados no es un acto típicamente criminal, por cuanto los hechos cometidos en vinculación al conflicto armado son considerados siempre como actos forzados, aunque la niña, niño o adolescente pueda haber obrado con "consentimiento", ya que para el Protocolo, como hemos explicado, se trata de actos que ameritan la aplicación de protección especial, recuperación psicológica, afectiva, desmovilización e inserción social y familiar.

El mismo tratamiento de protección especial que ordena el artículo 54 de la LEPINA para niños, niñas o adolescentes en casos de conflictos armados, lo hace para los casos de desastres naturales, esto es la aplicación de medidas de protección prioritarias que les garanticen evacuación rápida, alojamiento, medicinas, alimentación, entre otros. Se requerirá de acciones concretas para la preservación del derecho a la identidad en estos casos, y la disposición de programas de reunificación e inserción familiar. Estas obligaciones estatuidas en el artículo 54, además de todo lo antes dicho, se relacionan inmediatamente con los artículos 7 y 8 de la CDN, que obligan a los Estados parte a que todo niño se le reconozca el derecho a un nombre, nacionalidad y vínculos familiares y a preservar los mismos en cualquier circunstancia. En todo caso, resulta preeminente insistir en la necesidad de que el Estado cuente con los planes y programas de atención, prestos para atender estas situaciones en el marco en que la LEPINA lo ordena.

En particular, también las Juntas Departamentales de Protección, la Red de Atención compartida (Entidades y Programas), deben estar suficientemente capacitadas y funcionales, así como los Tribunales de Protección para los abrigos particulares y la recuperación psicoafectiva, imprescindibles para satisfacer el derecho a la protección especial de forma rápida y segura, al tiempo que se aseguren las condiciones, lo más célere posible, para la reunificación familiar. Las medidas de Protección (Judiciales o Administrativas, según sean los casos), en ese sentido, resultan el medio más idóneo para la protección especial inmediata, pero por sí solas, es decir sin que existan los programas adecuados de recuperación afectiva, psicológica, alimentaria, de salud, etc, quedarían como medidas ilusorias e inocuas, sin lograr el objetivo de la norma.

Por tanto, las directrices y Política Nacional de Protección Integral, a cargo del Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia juegan un rol preponderante en el diseño de las políticas de protección especial para casos de conflictos armados y desastres naturales.

8. Protección contra el Abuso, Explotación Sexual y otras formas de Explotación

PROTECCION ESPECIAL CONTRA EL ABUSO, EXPLOTACION SEXUAL Y OTRAS FORMAS DE EXPLOTACION DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 55.- Protección frente al abuso y explotación sexual

Todas las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a ser protegidos contra el abuso y explotación sexual.

Para efectos de la presente Ley, se entiende por:

- a) Abuso sexual, toda conducta tipificada en el Código Penal, que atente contra la libertad e integridad sexual de una niña, niño o adolescente para sacar ventaja o provecho de cualquier clase o índole; y,
- b) Explotación sexual, cualquier forma de abuso sexual mediante retribución en dinero o en especie, con intermediación o sin ella, existiendo o no alguna forma de proxenetismo.

La utilización, reclutamiento u oferta de niñas, niños y adolescentes para la prostitución, la producción o actuación pornográfica, deberán considerarse como casos de abuso y explotación sexual.

El Estado debe garantizar programas permanentes y gratuitos de prevención y atención integral de las niñas, niños y adolescentes abusados.

Artículo 56.- Protección contra otras formas de explotación

Las niñas, niños y adolescentes serán protegidos de toda forma de explotación económica. El Estado erradicará toda práctica que afecte la dignidad e integridad personal de niñas, niños o adolescentes.

Se consideran como formas de explotación económica de las niñas, niños y adolescentes, las siguientes:

- a) Las que, conforme al Derecho Internacional, se consideran como las peores formas de trabajo infantil;
- b) La venta y el tráfico de niñas, niños y adolescentes;
- c) La extracción de órganos o tejidos humanos, así como su comercialización;
- d) Las formas contemporáneas de esclavitud y las prácticas análogas a ésta, la servidumbre por deudas, la condición de siervo, el trabajo forzoso, obligatorio o sin remuneración;
- e) El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, dañe la salud, la seguridad o la moralidad de las niñas, niños y adolescentes;
- f) La inducción o facilitación a la mendicidad para obtener un beneficio a cuenta de tercero;
- g) El reclutamiento forzoso u obligatorio de niñas, niños y adolescentes para utilizarlas en conflictos armados; y,
- h) La utilización, el reclutamiento o la oferta de niñas, niños y adolescentes para la utilización de actividades ilícitas, en particular, la producción y tráfico de drogas y estupefacientes.

La colaboración de niñas, niños y adolescentes en las actividades económicas y productivas de la familia podrán realizarse siempre que:

- a) No afecte el derecho a la educación y sano esparcimiento;
- b) No se ponga en riesgo su salud e integridad física, psicológica y moral; y,
- c) No se afecte su desarrollo.

Las dos normas que anteceden tienen su origen en la adecuación sustancial que el país hace de los artículos 32, 34 y 35 de la CDN, además de las disposiciones emanadas del derecho Internacional, y particularmente de las Resoluciones y Convenios de la OIT en materia de explotación económica, que tienen entre otros destacadas disposiciones de regulación, el Convenio 138 sobre la edad mínima junto con la recomendación 146 correspondiente, adoptados en 1973, y que fue interpretado como la base de acción llevada a cabo por la O. I. T. para fomentar la mejora de las políticas y de las legislaciones nacionales necesarias para luchar contra el trabajo infantil; el Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la acción inmediata para su eliminación, adoptado en Ginebra el 17 de Junio de 1999 y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; ratificados todos por la República de El Salvador, por lo que hacen parte integrante de las disposiciones de derecho interno, en virtud de lo cual, la interpretación y aplicación de los artículos precedentes en materia de protección especial frente al abuso, explotación sexual y otras formas de explotación de niñas, niños y adolescentes, obligan a la remisión administrativa y judicial en cada caso particular, colectivo, difuso o individualmente considerado.

Aunque en ocasión del punto 2.3. de este mismo Capítulo hemos abordado un primer análisis del artículo 55 de la LEPINA, ahondaremos en particularidades de importancia.

La CDN regula de forma extensa las situaciones de abuso y explotación sexual (que la ley nacional –LEPINA–, adecúa y desarrolla). En particular, define y califica el derecho de los niños a estar protegidos contra toda forma de abuso y/o explotación sexual. Ciertamente, la amplia regulación de la CDN y la dedicación prestada a la protección específica de la niñez frente a estas situaciones por parte del derecho internacional de los derechos humanos, tiene que ver con el hecho de que la explotación y abusos sexuales es de vieja data, pero cada día aumenta la dimensión cuantitativa del problema y se crean diferentes y nuevas formas que lo hacen cualitativamente más profuso y delicado. Millones de niños y niñas son utilizados en todo el mundo en múltiples actividades de abuso y explotación sexual que van desde la prostitución, pasando por la pornografía, el llamado “turismo sexual”, la publicidad sexual, la incitación (directa o subliminal, personal o comunicacional), la coacción, hasta la violación y los actos de todo tipo y en cualquier forma que transgreden el derecho particular a la integridad sexual de niños y niñas.

Así, el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluidos el abuso sexual, mientras que el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces, para el establecimiento de programas sociales con el objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.”

Como se aprecia de esta norma de derecho internacional, se encuentra prevista la dimensión múltiple de las providencias a que están obligados los países ratificantes de la CDN para atender eficazmente el derecho de los niños a estar protegidos contra las diversas formas de abuso y explotación sexual, incluyendo la intervención judicial, la de los programas sociales, de asistencia tanto al niño como a los cuidadores, responsables o encargados, y la prevención.

El artículo 34 de la CDN extiende estas medidas al ámbito no sólo nacional, sino también bilateral y multilateral, es decir, que compromete la acción del Estado parte compartida y común con otro u otros Estados, y en especial para que éstas se lleven a cabo de manera preventiva de actos tales como:

- “a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal.
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales.
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.”

El artículo 35 de la CDN puede también leerse en ese mismo sentido al establecer las medidas para impedir el secuestro, la venta o trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma.

Se desprende de estos dos últimos artículos de la CDN que existen tipos sociales y penales de regulación obligatoria por parte de las legislaciones nacionales, tales como la incitación o la coacción a la actividad sexual de los niños y niñas. El derecho de protección especial contra el abuso y explotación sexual no sólo deben estar regulados para los efectos de acciones o medidas de carácter educacional, social y administrativo, sino también de intervención penal del Estado para sancionar la comisión de los actos ilícitos, es decir, determinación de los hechos, del o los responsables, y aplicación de la pena o sanción que corresponda.

Si concatenamos la definición general de actos de abuso y/o explotación sexual que se desprende del artículo 19 eiusdem, con los artículos 34 y 35 de la CDN, sin duda que los tipos descritos en estas últimas disposiciones, constituyen actos típicamente antijurídicos de carácter penal, merecedores, insistimos, de ser contenidos en las legislaciones penales internas de los países que han ratificado la CDN.

De esa forma **la incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal, la explotación de niños en la prostitución u otras prácticas sexuales, la explotación de niños en espectáculos o materiales pornográficos y el secuestro, trata o venta de niños con el fin de cometer cualquier acto y en cualquier forma de abuso o explotación sexual constituyen delito de carácter penal.**

Ya se dijo que también estas situaciones de violación de derechos a los niños o niñas ameritan y obligan a tomar previsiones de protección en las que se privilegia la atención adecuada a cada caso, a través de programas integrales de recuperación sicoafectiva, de rehabilitación social, incluyendo preferiblemente la incorporación de la familia no victimaria en tales programas. En ese sentido el artículo 39 de la CDN garantiza la adopción de medidas apropiadas para la recuperación física y psicológica y la reintegración social de la niña, niño o adolescente víctimas de abusos, entre ellos el abuso sexual.

Finalmente, los artículos 32 y 36 de la CDN establecen, el primero, la protección general contra el trabajo nocivo o peligroso para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social; y la segunda norma mencionada, reconoce la protección contra todas otras formas de explotación perjudiciales al bienestar de los niños. Ambas disposiciones son aplicables a formas de abuso y explotación sexual, que se presentan en situaciones de hecho como serían el del trabajo de niños o niñas en actividades pornográficas, por ejemplo, o la explotación y comercio sexual.

El artículo 55 de la LEPINA que protege frente a la explotación y abuso sexual contiene dos definiciones objeto de la norma, de la siguiente forma:

- a) Abuso sexual, entendido como toda conducta tipificada en el Código Penal, que atente contra la libertad e integridad sexual de una niña, niño o adolescente para sacar ventaja o provecho de cualquier clase o índole; y,
- b) Explotación sexual, entendida como cualquier forma de abuso sexual mediante retribución en dinero o en especie, con intermediación o sin ella, existiendo o no alguna forma de proxenetismo.

Mientras que el artículo 56 sobre otras formas de explotación, detalla 8 situaciones que define como actos típicos de explotación económica contra la niñez y adolescencia, incluyendo en ellas además de las que el derecho internacional determina como peores formas de trabajo infantil, la venta y tráfico de niños, la extracción de órganos o tejidos humanos, así como su comercialización; las formas contemporáneas de esclavitud y las prácticas análogas a ésta, la servidumbre por deudas, la condición de siervo, el trabajo forzoso, obligatorio o sin remuneración; el trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, dañe la salud, la seguridad o la moralidad de las niñas, niños y adolescentes; la inducción o facilitación a la mendicidad para obtener un beneficio a cuenta de tercero; el reclutamiento forzoso u obligatorio de niñas, niños y adolescentes para utilizarlas en conflictos armados; y la utilización, el reclutamiento o la oferta de niñas, niños y adolescentes para la utilización de actividades ilícitas, en particular, la producción y tráfico de drogas y estupefacientes. Sobre estos tipos de explotación económica el derecho de los derechos humanos se ha pronunciado para que los Estados partes de la comunidad internacional establezcan no sólo los tipos, como se hace en la norma que comentamos, sino para que se les defina como tipos penales especiales, con responsabilidades y sanciones severas que funcionen como prevención posterior o legal, minimizando la comisión cada vez más creciente de los mismos.

Si bien el artículo 55 remite en la definición de abuso sexual a toda conducta tipificada en el Código Penal, que se encuentran tipificados desde los artículos 167 al 173 de este texto legal sustantivo penal (hecha la salvedad de la necesidad de su adecuación a los mandatos internacionales que conducen a la tipificación de otras nuevas formas de delitos sexuales cometidos contra niñas, niños y adolescentes); no ocurre igual con el artículo 56 que estableciendo los tipos de explotación económica no formula la remisión respectiva al Código Penal. Tal ausencia no desmerita la acción judicial correspondiente en el marco de las disposiciones penales generales o especiales, de aquellos actos que encuadren en los tipos antijurídicos que la LEPINA determina.

De igual forma, en el entendido que la adecuación legal a la CDN y demás instrumentos internacionales de los derechos de la niñez, como compromiso que en efecto es de los Estados partes, no cesa con la promulgación de la LEPINA, sino que se extiende a todo el marco legal

del país, deberán iniciarse procesos legislativos que adecuen los tipos penales a las exigencias y estándares internacionales.

De esa manera el alcance de La LEPINA sobre abuso y/o explotación sexual, reconoce el derecho de los niños y adolescentes a estar protegidos contra estas situaciones de hecho, estableciendo obligaciones y sanciones (éstas últimas como hemos asentado, aún no adecuadas de forma integral), por una parte, y obligando a la implementación de programas de diversa índole (asistencia, rehabilitación y prevención), para la atención de los niños o niñas víctimas de estos delitos, por otra parte. Las regulaciones de la LOPNA sobre las situaciones de violación al derecho de integridad sexual de niños y adolescentes contemplan así el principio de intervención de las políticas, programas y servicios, al establecer en la parte in fine del artículo 55 que "...El Estado debe garantizar programas permanentes y gratuitos de prevención y atención integral de las niñas, niños y adolescentes abusados..."

Importa aclarar y resaltar que, en el anterior paradigma tutelar de menores que se desarrolló en los países de América Latina y El Caribe, el niño, niña o adolescente que resultaba víctima de un acto sexual, como la violación sexual por ejemplo, era sometido a un "proceso judicial" (antiproceso), en el que se le inculcaba (con el pretexto de "protección") y culminaba, por lo general, en la privación de la libertad, excluyéndolo de las relaciones sociales y familiares. En el nuevo paradigma, desarrollado en la LEPINA, se interviene al niño o niña, a su familia si fuere necesario (como generalmente lo es), a los solos efectos de la aplicación del programa de apoyo o rehabilitación que sea necesario, según el caso. Y se debe intervenir al victimario o agresor a los efectos de la responsabilidad penal, y de la aplicación de programas si fuere necesario, especialmente en el caso de familiares que resulten agentes del hecho delictivo.

En ese sentido, resumiendo la protección especial del artículo 55 de la LEPINA se reconoce de manera específica el derecho de niñas, niños y adolescentes a estar protegidos contra cualquier forma de abuso y explotación sexual y el deber del Estado en garantizar programas permanentes y gratuitos de asistencia y atención integral a quienes hayan sido víctimas de la violación a este derecho.

Estos programas, como se aprecia de la norma jurídica, no son temporales u ocasionales, es decir, que no sólo se pondrían en funcionamiento cuando el niño es víctima de un caso de abuso o de explotación sexual, sino que, dadas las características (y de allí la importancia de la dimensión cualitativa y cuantitativa que ha tomado el problema), estos programas deben existir siempre, y reunir la condición de ser gratuitos. El carácter permanente y gratuito de los programas da cuenta al mismo tiempo de la exclusividad y singularidad de los mismos para casos concretos de explotación o abuso sexual, y del sostenimiento del Estado, sean cuales fueren sus costos.

La característica de atención integral que aparece de la norma, obliga a la aplicación de estrategias combinadas y multisectoriales en el tratamiento de los casos. Estas estrategias deben comprender, al menos, la intervención social, educacional, afectiva y psicológica, con integración de la familia no victimaria al programa mismo. Un abordaje integral a las víctimas de abusos o explotación sexual, debe considerar las condiciones socioeconómicas del niño o niña, las de su familia, el nivel escolar, las formas que asumen las relaciones intrafamiliares, e intervenir de manera consecuente y positiva en estos factores. En definitiva, también en las situaciones de abuso, explotación sexual y explotación económica, los programas deben existir independientemente de la existencia del caso o casos concretos, y estar preparados de manera integral para abordarlos cuando estos se presenten, y no al revés, como se acostumbra, es decir, nunca se debe esperar a que existan los casos para crear los programas.

Los aspectos tratados en esta obra, en ocasión del análisis del artículo 41 de la LEPINA sobre trata de niñas, niños y adolescentes, bien son válidos para las consideraciones específicas de explotación sexual, toda vez de la amplia definición dada en esta norma y en los convenios internacionales sobre la materia, que incluyen o integran en el concepto de Trata la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos; como también se resume de las descripciones típicas del artículo 56 de la LEPINA. Por tanto, remitimos a las y los lectores a aquél análisis anterior.

En otro sentido, aunque solo en cuanto a la forma e inclusión de los particulares “d” y “e”, así como la parte in fine o inciso final del artículo 56 que excluye de la tipificación como explotación económica la colaboración de niñas, niños y adolescentes en las actividades económicas y productivas de la familia, resultarían por su naturaleza y carácter más apropiada su integración al Capítulo II de este mismo Título sobre Protección frente al Trabajo, mientras que el literal “g” sobre reclutamiento forzoso, era pertinente en el artículo 54 sobre protección especial en casos de conflictos armados, con las consideraciones que ya hemos vertido en ocasión de su análisis, y en particular, la noción de que todo reclutamiento de niñas, niños y adolescentes debe ser considerado forzoso, aún mediando el “consentimiento” de éstos, exceptuando el reclutamiento voluntario del artículo 3 del Protocolo relativo a la participación de niños en conflictos armados.

Sobre el particular “e” del artículo 56, es necesario concatenar con las disposiciones que en materia de trabajo para los NNA (menores de 18 años), contiene el Código de Trabajo de la República, en particular el artículo 106 que define las labores peligrosas como aquellas puedan ocasionar la muerte o dañar de modo inmediato y grave la integridad física del trabajador, determinando que el peligro que tales labores implican, puede provenir de la propia naturaleza de ellas, o de la clase de materiales que se empleen, se elaboren o se desprendan, o de la clase de residuos que dichos materiales dejen, o del manejo de sustancias corrosivas, inflamables o explosivas, o del almacenamiento que en cualquier forma se haga de estas sustancias. Al mismo tiempo la referida norma del Código del Trabajo, lista ejemplos de labores peligrosas, entre las que indica:

- a) El engrasado, limpieza, revisión o reparación de máquinas o mecanismos en movimiento;
- b) Cualquier trabajo en que se empleen sierras automáticas, circulares o de cinta; cizallas, cuchillos, cortantes, martinets y demás aparatos mecánicos cuyo manejo requiera precauciones y conocimientos especiales, excepto los utensilios y herramientas de cocina, de carnicería o de otras faenas semejantes;
- c) Los trabajos subterráneos o submarinos;
- ch) Los trabajos en que se elaboren o se usen materias explosivas, fulminantes, insalubres, o tóxicas, o sustancias inflamables; y otros trabajos semejantes;
- d) Las construcciones de todo género y los trabajos de demolición, reparación, conservación y otros similares;
- e) Los trabajos en minas y canteras;
- f) Los trabajos en el mar, los de estiba y los de carga y descarga en los muelles; y

- g) Las demás que se especifiquen en las leyes, reglamentos sobre seguridad e higiene, convenciones o contratos colectivos, contratos individuales y reglamentos internos de trabajo.

De igual forma, en la determinación judicial de la protección a niñas, niños y adolescentes, a los efectos del artículo 56 de la LEPINA, o a los efectos de las inspecciones administrativas para la prohibición de tales labores en NNA, e inclusive a los efectos de las medidas administrativas de protección en un caso determinado, el artículo 107 del referido Código define también el trabajo en bares, cantinas, salas de billar y otros establecimientos semejantes como labores peligrosas, y el artículo 108 las labores insalubres, definiéndolas como aquellas que pueden causar daño a la salud por la clase de materiales empleados, elaborados o desprendidos o por los residuos sólidos, líquidos o gaseosos que dejaren, tales como: a) Las que ofrezcan peligro de envenenamiento por el manejo de sustancias tóxicas o de las materias que las originan; b) Toda operación industrial en cuya ejecución se desprenden gases o vapores deletéreos o emanaciones nocivas; c) Cualquier operación en cuya ejecución se desprendan polvos peligrosos o nocivos; y d) Las demás que se especifican en las leyes, reglamentos sobre seguridad e higiene, convenciones o contratos colectivos, contratos individuales y reglamentos internos de trabajo.

9 La Protección Especial de la Persona Adolescente Trabajadora

9.1 La estructura del Capítulo II y el propósito legislativo sobre el Trabajo de niñas, niños y adolescentes

El Capítulo II del Título II del Libro Primero de la LEPINA está destinado íntegramente a la protección especial de la persona adolescente trabajadora, con el contenido de 15 artículos que van desde la “Protección frente al Trabajo” (artículo 57) hasta la “Protección Judicial” (Artículo 71).

En todos ellos se abordan y descubre el propósito, objeto y razón legislativa de una especial protección a quienes siendo adolescentes en los términos en que la ley los ha definido en su artículo 3, es decir, en las edades comprendidas desde los doce años cumplidos hasta los que cumplan los dieciocho años de edad; aunque gran parte del articulado de este capítulo contiene variaciones de protección para franjas etarias dentro de la propia franja de la adolescencia, como es el caso, por ejemplo, del artículo 64 sobre Trabajo Doméstico, que lo autoriza a partir de los 16 años y no por debajo de esta edad, aunque la adolescencia comience a los 12 años cumplidos.

El presente Capítulo II de la LEPINA concibe así un denodado cimiento legal para la protección de los adolescentes trabajadores, con una dedicación que devela el interés del legislador en virtud de la situación nacional ante el trabajo de las y los adolescentes, por lo general excluidos de la protección legal adecuada.

Consideramos que el hecho de que el Capítulo II esté destinado exclusivamente a la Protección de las y los adolescentes trabajadores devela también la concepción ideológica del Estado Salvadoreño sobre el Trabajo en menores de 12 años, e inclusive de 14 años (artículo 59 sobre edad mínima para trabajar), comprendiendo así que los adolescentes entre 12 y 14 años no cumplidos, por ninguna razón deben encontrarse en jornada laboral alguna, formal o informal y menos aún las y los niños, es decir aquellos por debajo de los 12 años. En fin, el Capítulo II de este Título descubre en el legislador el propósito de protección especial a adolescentes mayores de 14 años que se encuentren en situación de trabajo.

No obstante, también devela una intención y sentido programático de integración como política de Estado, la erradicación del Trabajo en todos los grupos etarios (niñas, niños y adolescentes), lo que resulta de la expresa determinación del artículo 57 de la LEPINA, aunado a lo que antes hemos afirmado.

Aunque es concordante así la Ley con el concierto de normas internacionales que propenden y comprometen acciones para la erradicación definitiva del trabajo de la niñez y adolescencia; la titulación o nombre dado al Capítulo II no se corresponde con la integración de normas dirigidas también a niñas y niños. Así, el Capítulo II lleva por nombre “La Protección de la Persona Adolescente Trabajadora”, pero incorpora en su articulado previsiones y mandatos que no sólo están dirigidos a este concepto y grupo etario, sino también a las niñas y niños, y en particular a la erradicación del trabajo tanto para éstos como para los adolescentes, incluso hasta los 18 años de edad, por lo que estimamos que el legislador ha debido optar por: 1) La creación de Capítulos distintos, uno dirigido a la erradicación del trabajo de niñas, niños y adolescentes, mecanismos educativos y políticas de Estado dirigidas a tal fin, fijación de edad mínima para trabajar, fijación de la edad para trabajos domésticos, entre otros, y otro Capítulo exclusivamente para la Protección especial a las y los adolescentes trabajadores, o 2) darle una denominación amplia al actual Capítulo II que permitiese abarcar el desarrollo normativo del que está contenido, tal como por ejemplo “Erradicación del trabajo de niñas, niños y Adolescentes y Protección de la persona Adolescente Trabajadora”.

Al margen de esta última consideración queda claro que para la LEPINA y por consiguiente en todo el territorio de El Salvador está prohibido el trabajo en niñas y niños, y adolescentes hasta los catorce años de edad, y que además, aunque se extiende en normas protectoras a las y los trabajadores adolescentes por encima de la última edad indicada; el propósito final de la ideología legislativa es el de la erradicación absoluta del trabajo en todos los grupos etarios de niñez y adolescencia.

Finalmente llama la atención que en la mayoría de los artículos que componen el Capítulo II de este Título no se utiliza la terminología de género, expresando en muchos de ellos; “Los adolescentes”, no obstante no debe entenderse dirigido exclusivamente a los de sexo masculino en razón de la denominación del Capítulo, dirigido a las personas adolescentes trabajadoras, incluidas las de sexo femenino. Además no puede ni debe pensarse en otra intención más allá de un desliz legislativo, por cuanto en todo el conjunto de normas de la LEPINA es usual la terminología de género, a lo que se adiciona el principio de no discriminación por razones de sexo que ya hemos visto en el artículo 11 de la Ley. Téngase así por “adolescentes” a las de sexo femenino y los de sexo masculino cada vez que la LEPINA menciona “Los adolescentes”, como lo hace en los artículos 57, 58, 60, 62, 63, 65, 66, 68 y 70. Igual advertencia debe hacerse con el uso de “Los aprendices” en el artículo 61, o el de “Los Empleadores” y “Los patronos”, en los artículos 61, 62 y 63.

9.2 Consideraciones breves sobre Protección y Erradicación del Trabajo de la niñez y la adolescencia.

Que los niños deban trabajar para que se formen como seres responsables, es un mito que sirve al mercado capitalista⁷⁸, pero que además se comporta como una evasión de las responsabilidades de los adultos y del Estado.

Podríamos ingenuamente entender el trabajo como un derecho para todos y todas, adultos, niños, adolescentes. No obstante, la razón de especialidad sociojurídica de las normas de derechos humanos sobre niños y niñas, no se satisfacen con la simple elaboración jurídica del derecho subjetivo, sino de la también especial consideración del niño como ser humano en formación y desarrollo, por lo cual el análisis de la especialidad debe estar dirigido a descubrir las razones sociojurídicas en el reconocimiento de derechos y en la obligación de protección integral. De allí que sea ineludible para formular respuestas al trabajo como derecho o no para los niños, el que tengamos que construir cualquier exigencia jurídica desde la perspectiva de los hechos que contribuyen al desarrollo y la supervivencia de los niños, y aquellos que, por el contrario, obstaculizan o afectan este desarrollo integral. En ese sentido resulta vigente y relevante afirmar la contradicción entre trabajo infantil y educación básica, que además es una contradicción obvia y evidente. También las normas internacionales se han encargado de dejar claro que uno y otro se repelen. De la propia construcción legislativa del artículo 32 de la Convención sobre los derechos del Niño resulta fácilmente apreciable que la técnica utilizada en esta norma se aleja del reconocimiento del trabajo como derecho y, por el contrario, compromete la protección frente al mismo. Si analizamos comparativamente la redacción de esta norma (art. 32 CDN) con el resto de las que reconocen derechos a lo largo del texto internacional, se aprecia con absoluta seguridad que la ideología del legislador internacional no reconoció el trabajo como derecho, mientras si lo hizo con educación, por ejemplo (art. 28) o a un nivel de vida adecuado (art. 27). En este contexto, además de los Convenios y resoluciones de la OIT que han avanzado desde la fijación de edad mínima para el trabajo, los trabajos nocivos y peligrosos, la erradicación del trabajo en la niñez y adolescencia, que ya hemos comentado en esta obra; el artículo 32 de la CDN que también hemos analizado de forma concordante con otras disposiciones, denota diáfamanamente que el trabajo resulta pernicioso para los derechos de la niñez y adolescencia. Así, insistimos, si se hace un estudio detenido de la forma y técnica empleada por la CDN en todas y cada una de sus normas en donde reconoce derechos se expresa, palabras más, palabras menos en términos de “Los Estados partes reconocen el derecho a la educación”, o “Los Estados Partes reconocen el derecho a la vida...”, o “Los Estados partes reconocen el derecho a la seguridad social”, y así sucesivamente cada vez que se reconoce un derecho universal, mientras que llegada la redacción del artículo 32 la CDN utiliza la expresión “Los Estados parte reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud, o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social...” Y subsiguientemente

78 El Capital, escribía Marx «ha hecho de la dignidad personal un simple valor de cambio (...) El proletariado, la clase de los obreros modernos, vive solamente si encuentra trabajo, y encuentra trabajo solo en tanto que su trabajo aumenta el capital. Estos obreros, que están obligados a venderse al minuto, son una mercancía como cualquier otro artículo de comercio, y por esto están igualmente expuestos a todas las vicisitudes de la competencia, a todas las oscilaciones del mercado (...) Cuanta menos habilidad y fuerza exige el trabajo manual, es decir cuanto más se desarrolla la industria moderna, tanto más es suplantado el trabajo de los hombres por el de las mujeres y los niños. Las diferencias de sexo y edad no tienen ya ningún valor social para la clase obrera. No son más que instrumentos de trabajo, cuyo costo varía según la edad y el sexo» (Manifiesto del Partido Comunista) (subrayado intencional)

establece las medidas de efectividad que deben asumir los Estados para dar cumplimiento a la prohibición del trabajo en la niñez y adolescencia, incluyendo el establecimiento de penalidades y sanciones. Esta redacción que crea una ruptura epistemológica con el resto del articulado en donde se reconocen derechos, explica claramente que para la CDN el trabajo está lejos de ser considerado un derecho para la niñez y adolescencia, y por el contrario constituye en casi todos los órdenes (físico, mental, etc.), un atentado contra los derechos universales que la propia CDN reconoce, por lo que es evidente el privilegio que le otorga a los derechos universales frente al Trabajo de la niñez y adolescencia. Ciertamente es también que son muy pocos los trabajos que no interrumpen la educación y muchos menos los que no ocasionan un perjuicio físico, mental, espiritual y en fin, un perjuicio para los derechos de la niñez y adolescencia, habida consideración de ser una población en proceso de desarrollo.

Además de lo afirmado, es necesario acceder al análisis de la razón social del trabajo, y allí se explica, también de manera indudable, que el trabajo procura el sustento de las personas. Los instrumentos de Derechos Humanos para la niñez y adolescencia, reconocen que el sustento, la alimentación, la educación y otros elementos sociales de supervivencia adecuada de los niños, no se proporcionan por sí mismos, sino que constituyen un deber del Estado y de la familia. Esta razón excluye la razón social formal del trabajo en niños. Si al niño no le está asignado procurarse su sustento, ¿Por qué entonces el trabajo sería un derecho-deber? Si el hacerlo, es decir, si el procurarle el sustento es deber de los padres y del Estado para el ejercicio y goce efectivo del derecho a una vida digna; si ese es un derecho que el niño tiene frente a estos sujetos (Estado-familia), por qué el medio sería el trabajo infantil para verse cumplido su derecho? . Esta razón social de derecho descubre a su vez las consecuencias que para el Estado tiene y tendrá la situación de niños trabajadores y quizás el interés de algunos sistemas políticos y, por ende, de los subsistemas jurídicos, en la existencia de las oscuras normas internas que justifican el trabajo de los niños, e inclusive, de los adolescentes; y descubre también esta razón social de derecho, el interés de algunos sectores corporativos de organizaciones sociales, incluso internacionales, en no cesar en la discusión acerca del trabajo como derecho para los niños.

El artículo 6, numeral 2, de la CDN, relacionado con sus artículos 27 y 32 explican que en cuanto al trabajo de niños y adolescentes debe el Estado garantizar la supervivencia y el desarrollo creando condiciones apropiadas para que los padres y/o representantes cumplan sus obligaciones primarias de manutención y calidad de vida de los niños, pero deben confluir otras estrategias institucionales estructurales y apropiadas en la política educativa del Estado que protejan a los niños contra el trabajo u otra forma de explotación económica. En el articulado triangular que he colocado como ejemplo (6, 27, 32 de la CDN); nada se puede exigir a los padres si el Estado no ha sido capaz de garantizar las mínimas condiciones a las familias para que cumpla su función social, así como no bastaría con sancionar al patrono explotador si las condiciones sociales, si la política educativa del Estado no garantiza la inclusión, la permanencia y la calidad en la Escuela. Sin ser lineal y funcionalista en el análisis social, seguramente (la realidad latinoamericana habla de ello), la carencia de condiciones socio-económicas y culturales en las familias junto a la falta de constancia, cuando no ausencia, en políticas de universalización de la Educación, constituyen razones multifactoriales para el trabajo de los niños.

Desde hace ya mucho tiempo, UNICEF ha planteado decididamente que el trabajo no es asunto de niños y que por tanto los países deben iniciar planes y acciones concretas para su erradicación. Ya en 1997, esta organización ha planteado descarnadamente que en la mayoría de los casos de trabajo infantil y adolescente «Los padres de estos niños están a

menudo en paro o subempleados, con una necesidad desesperante de empleo y de un salario seguro. Pero el trabajo no se les ofrece a ellos, sino a los hijos porque los niños pueden ser peor pagados. En América Latina, por ejemplo, los menores entre los 13 y los 17 años perciben, como media, la mitad del salario de un adulto con siete años de instrucción. Puesto que los niños son más dóciles, siguen las órdenes sin poner en duda la autoridad, teniendo menos poder, es improbable que se organicen para protestar contra la opresión, y además se puede abusar físicamente sin que puedan reaccionar. En síntesis, se prefiere a los niños porque es más fácil explotarlos. Muchos de los que dan trabajo, cuando se les pide responsabilidades, se justifican declarando su relativa pobreza y la necesidad de pagar salarios más bajos para poder ser competitivos en el mercado y así sobrevivir. Otros son más desvergonzados respecto a su papel, considerando la explotación del trabajo infantil como una parte natural y necesaria del orden social existente», También Unicef añade que "...Cualquiera que sea el grado de pobreza de sus familias, los niños no se verían perjudicados por el trabajo si no hubiera alguien preparado y capacitado para explotarlos. De hecho, el trabajo infantil puede en realidad perpetuar la pobreza, porque el niño trabajador generalmente se convierte en un adulto atrapado por empleos no calificados y mal pagados..."⁷⁹

En este entendimiento, la LEPINA parte de la consideración de Protección Especial al Trabajo de Adolescentes, porque en definitiva, asume que el derecho de los niños y adolescentes es a su educación, a recrearse, al deporte, a la cultura, es decir, a tener una vida como niños y como adolescentes, no una vida como adultos.

Si bien se puede señalar, con sobradas razones la complejidad de las causas del trabajo en niñas, niños y adolescentes, por esta misma razón las soluciones deben ser estructurales, complejas e integrales, entre las que cuentan sin duda la eliminación del trabajo peligroso, nocivo para la salud, la educación y el desarrollo integral. La universalización de la Educación Básica y secundaria, en los términos en que lo impone el artículo 28 de la CDN, resulta sin duda la más efectiva y adecuada estrategia a la que se debe dar prioridad. La Escuela es así el principal agente en la abolición del trabajo de la niñez y adolescencia, acompañada de acciones específicas y medidas apropiadas en la concienciación cultural, social y familiar, la ampliación de los controles, supervisión y sanciones a los empleadores y explotadores de niñas, niños y adolescentes, las políticas socioeconómicas de inclusión y en particular las de empleos dignos, seguros y bien remunerados a las personas adultas, padres y madres, además de la movilización social amplia de organizaciones comunitarias, sindicatos, instancias gubernamentales o no gubernamentales de derechos humanos, entre otros.

9.3 Desarrollo normativo de la protección especial sobre Trabajo de Adolescentes

Si bien ya hemos abordado el contexto normativo general de la LEPINA en esta materia, interesa determinar con breves precisiones al articulado de protección a la persona adolescente trabajadora, que consideramos de utilidad para la aplicación/implementación administrativa y judicial.

⁷⁹ Estado Mundial de la Infancia, 1997

Título II
Derechos de Protección
Capítulo II
Protección de la Persona Adolescente Trabajadora

Artículo 57.- Protección frente al trabajo

Los adolescentes tienen el derecho a ser protegidos ante toda práctica laboral que, dentro del sector formal e informal de la economía, ponga en riesgo el ejercicio de sus derechos. Para tales efectos, el Estado y la sociedad formularán las políticas, planes, programas y medidas de protección tendentes a erradicar el trabajo de las niñas, niños y adolescentes que no han cumplido la edad mínima para el trabajo.

El Órgano Ejecutivo en el ramo de Trabajo y Previsión Social deberá desarrollar campañas, inspecciones y acciones permanentes en los lugares de trabajo, con el fin de sancionar a los patronos por el incumplimiento a la presente disposición.

Coincidente con las aproximaciones que hemos realizado en el punto anterior, la LEPINA expresa que cualquier práctica laboral que ponga en riesgo el ejercicio de los derechos de los y las adolescentes debe ser proscrita. Si bien la primera frase del artículo 57 está dirigida a la protección de las prácticas laborales contrarias a los derechos de las y los adolescentes⁸⁰ y no incluye a la niñez, la subsiguiente frase no presenta dudas acerca del propósito de erradicación del trabajo en niñas, niños y adolescentes, a través de las políticas, planes y medidas de protección. De esa manera, para las y los adolescentes, se declaran abolidas las prácticas laborales contrarias a sus derechos, y consiguientemente para la niñez y también la adolescencia, la formulación (obviamente su ejecución), de políticas públicas tendentes a la erradicación del trabajo.

En la región de ALC las normas sobre Protección frente al Trabajo resultan muy variadas, que van desde las legislaciones o Códigos de Niñez que en nada se pronuncian acerca de la erradicación del trabajo en niñas, niños y adolescentes, como es el caso del Código de Guatemala y la LOPNNA en Venezuela, pasando por las que enuncian mecanismos generales de Políticas y Programas de erradicación, tal como se expresa el artículo 59 de la LEPINA, hasta aquellas que además son profusas en estos mecanismos, siendo el caso de la Ley 136-03 o Código para la protección de los Derechos de NNA en República Dominicana. De este último, resulta de interés para la referencia específica de los mecanismos de políticas y programas citar los artículos 34 y 35:

“Art. 34.- DERECHO A LA PROTECCIÓN CONTRA LA EXPLOTACIÓN LABORAL.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la protección contra la explotación económica. El Estado y la sociedad deben elaborar y ejecutar políticas, planes, programas y medidas de protección tendentes a erradicar el trabajo de los niños y niñas, especialmente los definidos como peores formas de trabajo infantil. La familia debe contribuir al logro de este objetivo.

⁸⁰ Llama la atención que la norma no utiliza la terminología de género en el inicio de esta frase, expresando “Los adolescentes”, no obstante debe entenderse por la denominación del Capítulo, por tal a las personas adolescentes trabajadoras, incluidas las de sexo femenino. Además no puede ni debe pensarse en otra intención más allá de un desliz legislativo, por cuanto la LEPINA es usual de la terminología de género.

Párrafo.- La protección contra la explotación laboral de niños, niñas y adolescente es responsabilidad del Estado, ejercida a través de la Secretaría de Estado de Trabajo, en coordinación con el Consejo Nacional para la Niñez y la Adolescencia (CONANI), quienes se amparan en las disposiciones del Código de Trabajo de la República Dominicana, el Convenio 138 de la OIT sobre el Establecimiento de la Edad Mínima de Admisión al Empleo y el Convenio No.182 sobre la Erradicación de las Peores Formas de Trabajo Infantil y otros instrumentos internacionales ratificados por el país, así como las reglamentaciones y recomendaciones que sobre el trabajo infantil disponga el Comité Directivo Nacional de Lucha contra el Trabajo Infantil.

Art. 35.- DIRECTRICES DE POLÍTICA DE PROTECCIÓN LABORAL. La Secretaría de Estado de Trabajo será la encargada de dictar las políticas para el trabajo de las personas adolescentes. Dichas políticas deberán:

- a) Crear mecanismos alternos de apoyo a la familia de las personas adolescentes trabajadoras;
- b) Evitar la inserción temprana al trabajo de las personas adolescentes;
- c) Estimular el aprendizaje de oficios que garanticen la capacitación de las personas adolescentes para incorporarse en el mercado de trabajo..."

Como quiera que el artículo 59 de la LEPINA en lo que concierne a las políticas, planes, programas y medidas de protección, es una norma general, es decir sin precisión de los contenidos programáticos y de política pública, conviene que se consideren las orientaciones, directrices y estándares internacionales de OIT y UNICEF para la erradicación del trabajo de NNA, privilegiando las acciones dirigidas a la universalización de la educación básica y segundo nivel, e inclusive técnica y universitaria, como lo indica expresamente el artículo 28 de la CDN, acudiendo a las estrategias de asistencia material y financiera.

Así, una labor es de políticas y programas, que estará a cargo del nivel administrativo de protección integral/universal, y particularmente del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, de forma articulada con las autoridades en materia de Trabajo y Seguridad Social, y otra labor, (intersectorial y atendiendo a las directrices generales del Sistema de Protección, además del mandato legal de los artículos 119 y 120), también corresponde al nivel administrativo de protección especial, al ordenar o dictar medidas de protección a través de las Juntas Departamentales, tendentes a extraer del fuero laboral a niños, niñas y adolescentes, apoyados sin duda en la ejecución de los programas y acciones que con tal fin se señalan en el primer nivel administrativo explicado.

También, eventualmente, en este sentido, podrían actuar las autoridades judiciales, y en particular para los derechos colectivos y difusos, cuando a un grupo de niñas, niños y adolescentes que no necesariamente estén vinculados por un interés común, que sean indeterminables, o que estando vinculados por un interés común y sea de la competencia judicial; se amerite aplicar acciones y programas de erradicación del trabajo en que se encuentran, bien por ser perjudicial o poner en riesgo sus derechos, bien por ser trabajadores por debajo de la edad mínima que indica el artículo 59.

Sin embargo, llama la atención que en el Régimen de Infracciones, y en particular en los artículos 201 y 202 sobre Infracciones Leves y Graves, respectivamente, no se hayan tipificado sanciones a los empleadores, patronos, personas naturales o jurídicas que violenten los derechos a la protección de la persona adolescente trabajadora, por lo que se regirá por la Ley ordinaria del Trabajo cualquier sanción administrativa al efecto, mientras que en cuanto a la competencia por la materia y los sujetos, corresponderá a los Tribunales especializados de niñez y adolescencia, como lo prevé el artículo 71 de la LEPINA. Tampoco en el régimen de infracciones de la Ley se encuentran contempladas ningunas contra empleadores de menores de 14 años, por lo que en tal sentido podríamos afirmar que estamos en presencia de una previsión social y administrativa, propia de las medidas de protección en el caso de NNA individualmente considerados, o de la Acción Judicial de Protección el caso de derechos colectivos y difusos, pero en lo atinente a ilícitos sancionados penal o civilmente no fueron tipificados en la LEPINA.

Todo ello resulta más evidente en el inciso final del artículo 59 cuando estatuye que "El Órgano Ejecutivo en el ramo de Trabajo y Previsión Social deberá desarrollar campañas, inspecciones y acciones permanentes en los lugares de trabajo, con el fin de sancionar a los patronos por el incumplimiento a la presente disposición", lo que alude a que las sanciones administrativas correspondientes estarán a cargo del Órgano Ejecutivo en materia de Trabajo, y no de los órganos especializados de la LEPINA. En todo caso, se requerirá de políticas y acciones articuladas entre el Sistema de Protección de la Niñez y Adolescencia y el Ejecutivo para la efectividad en la aplicación de las normas de protección y erradicación en materia de trabajo de NNA, que deben incluir de igual forma la Política Institucional de Niñez y Adolescencia del Órgano Judicial.

En fin, la generalidad del artículo 59 de la LEPINA debe ser entendida como una norma marco para el diseño de las estrategias adecuadas que permitan el desarrollo de las políticas y acciones de erradicación y protección frente al trabajo de NNA. Por ello, no dudamos en sugerir que esta materia sea objeto de directrices particulares de la política nacional de protección integral que corresponde en su diseño al Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia - CONNA- conforme a su naturaleza, funciones y competencias determinadas en los artículos 134 y 135 de la LEPINA, en concordancia franca con los artículos 109 y 111 eiusdem.

Título II
Derechos de Protección
Capítulo II
Protección de la Persona Adolescente Trabajadora

Artículo 58.- Derecho a la protección en el trabajo

Los adolescentes que trabajen disfrutarán de todos los derechos, beneficios y remuneraciones que les corresponden con ocasión de la relación de trabajo, según lo establecido en esta Ley y en el Código de Trabajo, el Estado debe garantizar que los adolescentes que laboren lo hagan en condiciones de un trabajo decente.

También tendrán derecho a celebrar actos, contratos y convenios, sean individuales o colectivos. Para la celebración de este tipo de contratos deberán contar con la autorización de su madre, padre o en su defecto, de su representante o responsable. Se presumirá el contrato de trabajo a favor de la persona adolescente trabajadora y se presumirán como ciertas las afirmaciones realizadas al respecto por los adolescentes, salvo prueba en contrario

La norma es explícita, clara y determinante en acordar a los y las adolescentes trabajadoras todos los derechos, beneficios y remuneraciones en la relación laboral, por lo que al configurarse un Contrato de Trabajo conforme a la definición que determina el artículo 17 en concordancia con el artículo 23 del Código de Trabajo de la República de El Salvador (Contrato Escrito), o las presunciones y pruebas de la relación de trabajo que indican los artículos 19, 20 y 21 del mismo Código; el o la adolescente trabajadora gozará de los derechos, beneficios y remuneraciones que acuerda este Código, en particular las del Título Tercero, referentes a salarios, vacaciones, aguinaldos y demás beneficios sociales derivados de la relación laboral, exceptuando aquellas materias que son definidas en este Capítulo II de la LEPINA, como de regulación especial, que evidentemente derogan las generales del Código de Trabajo, por razón del fuero jurídico de atracción especial en razón de los sujetos protegidos, frente al fuero de atracción legal de la materia, en donde priva la protección especial como preeminente frente a la materia de trabajo, siendo el sujeto de derecho de la LEPINA el vulnerable y débil jurídico, y por disposición expresa de la propia norma legal que califica las materias como edad mínima para trabajar (artículo 59), Jornada de Trabajo (artículo 60); Relación del trabajo con la educación (Artículo 61), Aprendizaje y formación técnico-profesional (Artículo 62), Previsión y seguridad social (Artículo 63), Trabajo doméstico (Artículo 64), Discapacidad y trabajo (Artículo 65), Registro de adolescentes trabajadores, (Artículo 66), Credencial para el trabajador (Artículo 67), Examen médico (Artículo 68), Inspección y Supervisión (Artículo 69), y Protección Judicial (Artículo 71). Por efecto del explicado fuero de atracción especial en razón de los sujetos niños, niñas y adolescentes, todas estas materias quedan excluidas de la regulación del Código de Trabajo, además de la previsión final de derogatoria expresa del artículo 258, letra "c" de la LEPINA que deja sin efecto los incisos 2º, 3º y 4º del artículo 114 del Código de Trabajo.

La parte final del artículo consagra una presunción basada en el principio in dubio pro operario de doble efecto, por cuanto además de presumir el contrato de trabajo a favor de la persona adolescente, presume como ciertas las afirmaciones que haga respecto a este contrato. Se trata de una presunción iuris tantum por cuanto permite producción probatoria en contrario, por supuesto para quien pretende negar la contratación y las afirmaciones del o la trabajadora adolescente. En tal razón, de interés para los procesos y la protección judicial establecida en el artículo 71 de la LEPINA, las y los jueces deben presumir siempre la relación contractual laboral de la persona adolescente que haya incoado una acción judicial

por prestaciones o beneficios derivados de la relación de trabajo con un empleador determinado. Si tal presunción no es desvirtuada por el empleador, quedará como cierto, establecido judicialmente, el contrato de trabajo y sus derivados.

Título II

Derechos de Protección

Capítulo II

Protección de la Persona Adolescente Trabajadora

Artículo 59.- Edad mínima para el trabajo

La edad mínima para que una persona pueda realizar actividades laborales es de catorce años de edad, siempre y cuando se garantice el respeto de sus derechos y no perjudique el acceso y derecho a la educación. Bajo ningún concepto se autorizará el trabajo para las niñas, niños y adolescentes menores de catorce años.

El Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia establecerá políticas para elevar progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los adolescentes.

Artículo 60.- Jornada de trabajo

La jornada de trabajo de los adolescentes menores de dieciséis años, en cualquier clase de trabajo, no podrá ser mayor de seis horas diarias ni de treinta y cuatro horas semanales. Se prohíbe también el trabajo nocturno.

Artículo 61.- Relación del trabajo con la educación

El Órgano Ejecutivo en el ramo de Educación, a través de las instituciones que participan del Sistema Educativo Nacional, promoverá políticas de orientación vocacional y profesional que vinculen el estudio, trabajo y desarrollo económico y social del país, especialmente para aquéllos con discapacidad.

En el caso de los aprendices de las escuelas técnicas de formación, se prohíbe el trabajo nocturno y el realizado en locales o lugares inadecuados o perjudiciales para su salud física y mental.

Artículo 62.- Aprendizaje y formación técnico-profesional

Se protegerá a los adolescentes cuando realicen labores como aprendices bajo los lineamientos técnico-profesionales de su formación, especialmente a aquéllos con discapacidad. Para determinar los criterios de protección se deberán tomar en cuenta los que establezcan las leyes en materias de educación, derechos laborales y otras especiales, así como los Tratados Internacionales vigentes en El Salvador sobre la materia, especialmente en los siguientes aspectos:

- a) Los empleadores estarán obligados a concederles facilidades que compatibilicen su trabajo con la asistencia al centro educativo;
- b) Deberán ser actividades compatibles con el desarrollo y las facultades del adolescente sin incurrir en las prohibiciones establecidas en la presente Ley;
- c) El horario deberá tomar en cuenta la asistencia del adolescente a la escuela o centro de formación, según lo establezcan las leyes laborales; y,
- d) La familia, el Estado, la sociedad y los patronos garantizarán el pleno desarrollo del adolescente en los aspectos físicos, psíquicos, morales y culturales.

La primera de estas normas, asume la edad mínima para el trabajo de los y las adolescentes de catorce años de edad, insistiendo en lo que ya estableció en el artículo 57, que rige para todo trabajo de adolescentes, es decir, que no perjudique sus derechos, aunque en esta oportunidad agrega de forma específica "el acceso y derecho a la educación", por lo que existe una inmediata relación entre el artículo 59 en este primer inciso, y los artículos 60 sobre la Jornada de Trabajo, y el 61 atinente a la relación del trabajo de adolescentes con la educación y de éste último con el artículo 62 sobre aprendizaje y formación técnico profesional. Razón por la cual les hemos agrupado en un solo análisis.

Del conjunto de esta normativa se desprende además, que:

- Como ha quedado establecido y analizado anteriormente, está prohibido el trabajo de adolescentes entre los 12 y 14 años no cumplidos, y obviamente por debajo de la franja etaria de los 12 años, es decir todo trabajo en niñas, niños y adolescentes, a no ser las excepciones que consagra el artículo 56 acerca de la colaboración de niñas, niños y adolescentes en las actividades económicas y productivas de la familia.
- Ningún ente u órgano de Trabajo y Previsión Social, ni los órganos del Sistema de Protección pueden autorizar bajo ningún concepto el trabajo de niñas y niños, ni de adolescentes por debajo de la edad mínima fijada (14 años).
- En aras de la erradicación progresiva del trabajo, aún en adolescentes, la norma establece que el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia queda encargado de establecer políticas para elevar la edad mínima de admisión que consagra la norma, con el fin de hacer posible el más completo desarrollo físico y mental de las y los adolescentes. En este aspecto, insistimos en lo planteado en ocasión del análisis del artículo 59 que damos por reproducido al respecto.
- Se define una jornada de trabajo especial, que abarca seis horas diarias, y no más de treinta y cuatro semanales, prohibiendo también el trabajo nocturno. En este aspecto nos sentimos forzados a considerar que, aunque resulta un parámetro horario menor que la jornada de trabajo para adultos, aún sigue siendo una jornada excesiva para adolescentes que, seguramente contraviene la disposición del artículo 61 sobre la relación del trabajo y educación, y la del 59 acerca del imperativo legal que impone que el trabajo no perjudique o ponga en riesgo los derechos de las y los adolescentes. Razones de lógica elemental argumentan esta afirmación. Indiquemos algunas: 1) De las veinticuatro horas del día, doce son nocturnas, y el trabajo nocturno está prohibido (lo cual compartimos), por el mismo artículo en comento, de allí que de las doce horas restantes del día, en el caso de los y las adolescentes que trabajan, emplearían la mitad en la jornada laboral, mientras que sólo seis permitirían al o la adolescente emplearlo en Educación, Recreación y sano esparcimiento, cuando la jornada escolar no debe ser menor de estas mismas seis horas. Es obvio que las oportunidades para el ejercicio de los derechos en la cotidianidad, las reuniones familiares, los derechos de asociación, recreación y participación, por tan sólo señalar algunos, serían seriamente afectados. A ello se le suma el derecho al descanso diario que un adolescente que trabaja y estudia necesita por razón misma de su desarrollo integral, por lo que también resultarían obstaculizadas las disposiciones que estatuye el artículo 62 de la LEPINA, que protege a la persona adolescente cuando realizan labores como aprendices, especialmente en cuanto a los particulares "a" y "c" que obligan a los empleadores a conceder las facilidades para la asistencia al trabajo educativo y a que el horario deberá tomar en cuenta la asistencia a la Escuela, 2) Ya en el mundo, incluso en los

países declarados pobres y/o no desarrollados, la tendencia de la legislación laboral para adultos es la reducción de la jornada de trabajo diaria a seis horas, por múltiples razones intrínsecamente relacionadas con políticas económicas y de empleo, y con derechos de esparcimiento, recreación y compartir familiar.

- Además del acceso a la educación formal, gratuita y obligatoria, en concordancia con la naturaleza de este derecho en los artículos 81 y 82 de la LEPINA; se establece la obligación del órgano Ejecutivo en el ramo de Educación de promover las políticas de orientación vocacional y profesional que vinculen el estudio, trabajo y desarrollo económico y social del país, con especial atención a las y los adolescentes discapacitados. Esta disposición del artículo 61 no debe entrar en contradicción con la disposición que, contenida en el artículo 59, obliga al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia a la erradicación progresiva del trabajo en adolescentes, por lo que unas y otras deben ser coherentes, siempre en el sentido de propender al interés superior de la persona adolescente trabajadora, por lo que las decisiones que se tomen en la política de orientación vocacional de manera alguna pueden provocar la cimentación de contingentes de adolescentes al trabajo, so pretexto de beneficiar el desarrollo económico del país, puesto que los derechos de NNA están siempre en primer orden, al margen de razones presupuestarias o económicas, o de otra naturaleza. Resulta esencial en tal sentido que el Sistema Educativo Nacional coopere con el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia en la erradicación progresiva del trabajo en adolescentes y que la orientación vocacional también incorpore la preeminencia del derecho a no trabajar antes de las edades permitidas, a no trabajar en labores peligrosas, y en fin a no trabajar en contra de sus derechos humanos universalmente reconocidos. Más bien esta orientación vocacional y profesional serviría, en todo caso, para el desempeño en la juventud y adultez. De lo contrario, se corre el riesgo que tales políticas se conviertan en el incentivo al trabajo de la niñez y adolescencia. Como quiera que es el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia el vigilante de la política de protección integral, le corresponde a éste velar por los componentes de las políticas de orientación vocacional y profesional, de tal manera que se asegure que las mismas sean diseñadas y ejecutadas bajo el enfoque de los derechos humanos, con especial atención a la transversalidad de género, pues la experiencia en muchos países de la región habla de políticas y programas de este orden que orientan a discriminaciones en los tipos de enseñanza vocacional para las adolescentes, tales como labores de cocina, corte y costura, enfermería, peluquerías, despachadoras comerciales, modelajes, entre otras, excluyendo otras aptitudes que erradamente conciben sólo para hombres, como los de Ingeniería, técnicos comerciales o contables, etc. Igual consideración debe tenerse en el caso de los y las aprendices en las Escuelas Técnicas de Formación.
- La protección especial a la persona adolescente trabajadora en este articulado (Artículos 59 al 62), impone una acción positiva de empleadores, Centros de Formación, Sistema Educativo y Escuelas Técnicas, a favor de las y los adolescentes discapacitados, por lo que consecuentemente las prerrogativas de protección serán especialísimas en estos casos, incluyendo horarios, facilidades para el aprendizaje vocacional, compatibilidad con la educación especial que tengan que recibir, entre otros, lo cual destaca un componente de avanzada jurídica a favor de adolescentes discapacitados novísimo en la región de ALC. Esta protección jurídico-social especialísima para la persona adolescente discapacitada debe ser de atención en el diseño de las políticas públicas a las que ya hemos hecho referencia e igualmente para los procesos judiciales de protección a adolescentes trabajadores, según la competencia del artículo 71 de la LEPINA, que en el proceso y en la toma de decisiones deben considerar tales acciones positivas, adicionales al principio de in dubio pro operario que estatuye el artículo 58, ya comentado.

Título II
Derechos de Protección
Capítulo II
Protección de la Persona Adolescente Trabajadora

Artículo 63.- Previsión y seguridad social

Las personas adolescentes trabajadoras, incluyendo a las que trabajen por cuenta propia y los aprendices, tendrán derecho a la previsión y seguridad social establecidas en las presentes disposiciones, la Ley del Seguro Social, el Código de Trabajo y las normas especiales de la materia. Gozarán de todos los beneficios, prestaciones económicas y servicios de salud en las mismas condiciones previstas para los mayores de dieciocho años.

Los patronos deberán inscribir a los adolescentes trabajadores dentro de los ocho días posteriores del ingreso al empleo. El patrono que no inscriba dentro del período establecido, será responsable del pago de todas las prestaciones y servicios de los cuales se habría beneficiado el adolescente si se hubiese inscrito oportunamente; sin menoscabo de los posibles daños y perjuicios a que hubiere lugar, según lo establece la presente Ley, la legislación laboral y la Ley del Instituto Salvadoreño del Seguro Social.

Se equipara legalmente la previsión y seguridad social de las personas adolescentes trabajadoras a las que se acuerdan a los mayores de 18 años. El efecto del desconocimiento de los patronos a la inscripción en el perentorio lapso de ocho días posteriores al ingreso al empleo es de índole administrativa y laboral.

En lo administrativo, por la violación de las disposiciones y consecuentes sanciones conforme a la Ley del Seguro Social,

En lo Laboral, por cuanto el patrono correrá con el pago de prestaciones y servicios (tales como salud, enfermedad o accidente profesional de trabajo), de los cuales se habría beneficiado el adolescente, de haberse inscrito oportunamente. Estas indemnizaciones incluirían los daños y perjuicios que la conducta remisa del patrono hubiese ocasionado por no haberles inscrito oportunamente. Así, por ejemplo, si transcurrido un mes del ingreso al empleo de la persona adolescente trabajadora, sin haberle inscrito y ocurriese un accidente de trabajo que inhabilite al o la adolescente trabajadora para el desempeño de trabajos manuales, el patrono no sólo debe cubrir las indemnizaciones ordinarias de la seguridad social, sino aquellas que por los daños y perjuicios se derivan de tal inhabilidad temporal o permanente, según sea el caso. De cualquier modo, es criterio de este autor, que quedan incólumes las acciones por empleo de adolescentes en trabajos peligrosos que hayan ocasionado el accidente o enfermedad profesional de trabajo, toda vez de la expresa prohibición de la LEPINA en este tipo de desempeños laborales, por lo que tal violación es a su vez causante de daños y perjuicios conforme al derecho ordinario y al derecho laboral en si mismo.

La competencia para dirimir estas materias corresponde sin duda a la jurisdicción especial de los Tribunales de Protección de Niñez y Adolescencia como lo establece el artículo 71 de la LEPINA, por razón del fuero de atracción procesal especial.

Título II
Derechos de Protección
Capítulo II
Protección de la Persona Adolescente Trabajadora

Artículo 64.- Trabajo doméstico

Las personas mayores de dieciséis años podrán realizar trabajos o labores domésticas como empleadas. En caso de contratación, se les reconocen todos los derechos laborales establecidos en la Constitución de la República, Tratados Internacionales vigentes en El Salvador y en la presente Ley.

La jornada laboral no podrá ser superior a la establecida en la presente Ley. Tendrán derecho a que se les respeten sus horas de alimentación y al disfrute del descanso durante la jornada de trabajo y al ejercicio del derecho a la educación; en este sentido, el patrono deberá facilitar la asistencia a la escuela más cercana. La remuneración para este tipo de labores no podrá ser menor a la recibida por las personas mayores de dieciocho años.

Los trabajos domésticos han resultado ser una de las formas más detestables de trabajo en niñas, niños y adolescentes. Si el trabajo en minas, canteras o lugares peligrosos es ya abominable, el doméstico, aunque enmascarado como de aquellos "bondadosos", no deja de ser infame. Bajo el pretexto de proporcionar a las hijas (siempre, o en casi la generalidad, son niñas o adolescentes mujeres), de las familias pobres, un techo, "alimentación" y algunas veces vestimenta; trabajan en labores domésticas. En realidad, el trabajo doméstico es una herencia del esclavismo y el feudalismo, mutando a las sociedades capitalistas con el eufemismo de "trabajo doméstico". Sigue siendo en la modernidad el trabajo de "criaditas", "nanitas" o "servicios" en las casas de los que tienen un poder adquisitivo para "pagarles", asumiendo que además les están proporcionando una vida mejor que la que tendrían en sus casas o familias de origen. Detestable por todo ello y mucho más, pues permanece como una expresión machista que supone que siempre el trabajo doméstico es de mujeres, y en este caso de mujeres adolescentes. Detestable porque no existe control sobre el trato, generalmente con explotación económica y jornadas de trabajo sin descansos que suponen incluso madrugadas de atención a bebés o niños pequeños, además del trabajo diurno. Estos controles se dificultan aún más que los propios en Industrias o Comercios formales, y aún en otros tipos de trabajos informales, pues se trata del interior e intimidad diaria de las familias, en donde se obstaculiza aún más la supervisión de los organismos de trabajo y seguridad social.

El trabajo doméstico está rodeado de abusos, muchos de ellos por la propia condición de mujer y además adolescente o niña, pero otros aún inimaginables, pues también la herencia cultural de las familias "contratantes" de "domésticas" asume, por lo general, que todo tipo de arbitrariedades son permitidas a quienes resultan inferiores, y ésta cultura es transmitida a todos los miembros de la familia, incluyendo a niñas, niños y jóvenes que modelan el trato arbitrario de los adultos "jefes" de casa para con las domésticas. Así, desde los vejámenes más denigrantes de la dignidad y condición humana hasta los abusos sexuales, resultan prácticas "usuales" con las adolescentes y mujeres jóvenes domésticas.

La LEPINA, aunque permite el trabajo doméstico, eleva la edad fijada como mínima para el trabajo en el ya analizado artículo 59, permitiéndolo así ya no desde los catorce, sino desde los dieciséis años de edad.

Entendemos que cuando este artículo 64 expresa "En caso de contratación..." No sólo se está remitiendo a los contratos escritos estatuidos en el artículo 17 del Código de Trabajo, sino también a los *contractus verbis*, operando así los medios probatorios amplios del mismo Código de Trabajo en sus artículos 19, 20 y 21, además de la presunción establecida en el artículo 58 sobre la existencia contractual con las afirmaciones del adolescente sobre su existencia (presunción *iuris tantum* que hemos analizado). Por tanto, debe entenderse que la expresión referida acerca de la contratación no restringe a los meros contratos escritos, máxime cuando bien es sabido que en los empleos domésticos generalmente el contrato es verbal. Los Tribunales de Protección, en estos casos, deben atender además a que en el desempeño de la relación laboral se hayan respetado las normas constitucionales, los tratados internacionales y los derechos reconocidos en la LEPINA. Ello impone una indagación probatoria de inmediación procesal especialísima en los jueces, que permita la búsqueda de la verdad y preeminencia de la realidad por encima de las formas o apariencias contractuales, develando así el velo que se tiende en este tipo de contrataciones que aparentan situaciones de "beneficio" a las personas que desempeñan trabajos domésticos. Por ello, los jueces de Protección tienen una labor, que si bien es de igual importancia en el resto de formas de trabajo permitidas por la ley, en esta imponen una aproximación mayor y libertad indagatoria del juez en la búsqueda de la verdad para producir justicia. Así, por cuantos medios probatorios sean posibles, y también bajo el principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes, aunado al de inmediación, el devenir procesal está obligado a inquirir todos los elementos de derecho sustantivo reconocidos a la niñez y adolescencia, y además los que indica expresamente el inciso final del artículo 64, esto es: La edad mínima de dieciséis años en que fue contratada, la jornada no mayor de seis horas diarias ni treinta y cuatro semanales que prevé el artículo 60, el tipo de alimentación recibida, los intermedios de descanso durante la jornada de trabajo, el ejercicio del derecho a la educación, el salario o remuneración percibida que no debe ser menor que la recibida o fijada legalmente para las personas mayores de dieciocho años. Es también labor judicial en estos casos determinar el cumplimiento de las demás obligaciones del empleador derivadas de la relación de trabajo, tales como la inscripción en el servicio de seguridad social.

Debe aclararse que la actuación judicial en los respectivos procesos sobre trabajo doméstico, así como en todos los casos de trabajo de adolescentes, no desmerita ni impide que, en casos concretos de violaciones de derechos, tales como el maltrato, el abuso sexual, u otros, actúen los demás órganos competentes, sean en materia penal (en caso de abusos sexuales por ejemplo, que la actuación corresponde a la jurisdicción de los Tribunales penales), o materia de protección especial, que correspondería a las medidas administrativas emanadas de las Juntas Departamentales de Protección.

Finalmente, por las consideraciones iniciales que hemos hecho acerca del Trabajo doméstico, ésta debe ser una de las materias de interés a discurrir en las políticas de erradicación progresiva que el inciso final del artículo 59 acuerda como acción específica al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia. Por tanto, sería precisamente uno de los tipos de labores en adolescentes en donde este órgano del Sistema Nacional de Protección Integral, debe hacer esfuerzos primarios y sostenidos para elevar la edad a 18 años cumplidos, de manera progresiva, saldando una deuda histórica que, como hemos dicho, es proveniente de la naturaleza superada de las sociedades feudales y esclavistas. En poco tiempo, con directrices apropiadas, la persona adolescente no debería desempeñar ninguna labor doméstica.

Título II

Derechos de Protección

Capítulo II

Protección de la Persona Adolescente Trabajadora

Artículo 65.- Discapacidad y trabajo

La familia, el Estado y la sociedad se encuentran en la obligación de remover cualquier obstáculo o barrera física, social, cultural, económica, ideológica y de cualquier otra índole que perjudique la actuación y desempeño de los adolescentes con discapacidad.

Su trabajo deberá regirse en los mismos términos establecidos en este Capítulo y por las Leyes y Tratados Internacionales vigentes en El Salvador, que rigen la materia.

Asimismo, el Estado promoverá la implementación de programas de fortalecimiento de sus habilidades y destrezas, con el objeto de procurar su inserción laboral, bajo la supervisión y seguimiento de las instituciones competentes.

De alguna manera ya comentados los contenidos de este artículo 65, resulta de él una protección especialísima, de cuya expresión normativa se derivan acciones positivas y de equidad para la inserción real y la igualdad de oportunidades de las personas adolescentes que sufren discapacidades, de manera que puedan erradicarse y abolir las prácticas y obstáculos provenientes de la cultura generalizada en la sociedad que interpreta los retos extraordinarios de estas personas como anulación de sus capacidades.

Entendemos así que cuando la LEPINA expresa que el trabajo de la persona adolescente se regirá en los mismos términos establecidos en este Capítulo, por las leyes y tratados internacionales en la materia; no está negando de forma alguna la previsión de equidad y acciones positivas que expresamente ordena a la corresponsabilidad del Estado, Familia y Sociedad en su primer inciso, cuando se refiere a los mismos términos establecidos para el resto de los adolescentes, éstos (salarios, edad mínima, educación, etc), deben además estar rodeados de previsiones especiales que remuevan los obstáculos de toda índole que se interponen al desarrollo equitativo de adolescentes trabajadores con discapacidad.

Así, corresponde a todas y todos, Estado, Familia y Sociedad, abolir las condiciones sociales, económicas, culturales, físicas, ideológicas o de cualquier otra índole que impiden muchas veces, más que perjudicar, el desempeño de adolescentes con retos extraordinarios. Ello impone transformaciones institucionales en lo público y en lo privado.

Por tanto, no hay otra forma de lograr la remoción de tales obstáculos sino mediante acciones de los órganos y entes públicos nacionales, departamentales y municipales, organizaciones y sector empleador privado, organizaciones sociales, familias y sociedad en general que bajo la coordinación e integración de políticas públicas desde el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, orienten programas, planes y proyectos de equiparación de oportunidades, inclusión e integración social y condiciones laborales acordes con sus particularidades personales. Si bien estas políticas corresponden para todas y todos los niños y adolescentes, las acciones específicas para adolescentes trabajadores con discapacidad deben intervenir de forma precisa en la promoción de oportunidades de empleo, formación para el trabajo, empleo, inserción y reinserción laboral, adaptaciones de estructuras físicas de instituciones públicas y empresas privadas que faciliten el desempeño, la obligatoria incorporación de porcentajes de adolescentes con discapacidad a su personal de empleados; labores que no impidan su desempeño o resulten tareas excesivas o peligrosas, entre otros cambios sustanciales que den cumplimiento efectivo a la disposición legal.

Al igual que lo hemos afirmado en el caso del empleo doméstico de adolescentes, los jueces de protección deben tener en esta disposición una observancia particular de las determinaciones legales, en todos los juicios o procesos laborales que se les presenten, indagando, por ejemplo si las causas de despido están relacionadas con su condición de discapacidad, o con la imposición de tareas de difícil desempeño, o si la renuncia del trabajador o trabajadora adolescente obedece a estas u otras circunstancias propias de discriminación laboral. Por tanto, además de las indagaciones generales derivadas de la relación de trabajo en cualquier caso, deben instruirse procesos con estricta observancia a las previsiones del artículo 65, en concordancia con la protección especial del primer inciso del artículo 61 y el artículo 36 de la LEPINA.

Título II Derechos de Protección Capítulo II

Protección de la Persona Adolescente Trabajadora

Artículo 66.- Registro de adolescentes trabajadores

Para trabajar, los adolescentes deberán inscribirse en el registro correspondiente que llevará el Órgano Ejecutivo en el ramo de Trabajo y Previsión Social. Dicho registro contendrá:

- a) Nombre completo;
- b) Fotografía;
- c) Fecha de nacimiento;
- d) Lugar de residencia;
- e) Escuela, grado de escolaridad y horario escolar;
- f) Nombre de madre, padre, representantes o responsables;
- g) Lugar, tipo y horario de trabajo;
- h) Fecha de ingreso al trabajo;
- i) Indicación del patrono, si es el caso;
- j) Examen médico; y,
- k) Cualquier otro dato que considere oportuno para una mejor protección en el trabajo.

Artículo 67.- Credencial para el trabajador

La inscripción en el Registro de Adolescentes Trabajadores, da derecho a una credencial gratuita en la que se le identifique como trabajador, la cual contendrá:

- a) Nombre completo;
- b) Fotografía;
- c) Fecha de nacimiento;
- d) Lugar de habitación;
- e) Escuela, grado de escolaridad y horario escolar;
- f) Nombre de madre, padre, representantes o responsables;
- g) Lugar, tipo y horario de trabajo; y,
- h) Fecha de ingreso al trabajo.

Artículo 68.- Examen médico

Los adolescentes podrán optar a un empleo siempre que, habiéndose practicado un examen ante el médico de algún establecimiento de salud pública, éste certifique que aquél se encuentra en condiciones adecuadas para desempeñar el trabajo en donde vaya a ser empleado.

Este examen se repetirá anualmente y será obligatorio hasta que alcance la edad de dieciocho años.

A quienes en ocasión del examen médico se les diagnostique un padecimiento, se les deberá proveer de tratamiento oportuno a sus enfermedades y la rehabilitación correspondiente.

Artículo 69.- Inspección y Supervisión

El Órgano Ejecutivo en el ramo de Trabajo y Previsión Social deberá realizar inspecciones y supervisiones permanentes en los lugares de trabajo, tanto en la ciudad y el campo, para verificar si las condiciones en que se realiza el trabajo de las personas adolescentes se adecúan a lo establecido en esta Ley. En el caso de los adolescentes trabajadores que estén registrados, las inspecciones se realizarán como mínimo una vez al año.

Sin perjuicio de lo que establezcan otras normas laborales, la inspección vigilará especialmente que:

- a) La labor desempeñada no esté prohibida ni restringida, según esta Ley y las normas del derecho laboral vigentes en el país;
- b) El trabajo no perturbe la asistencia regular al centro de enseñanza; y,
- c) Las condiciones laborales no perjudiquen ni arriesguen la salud física ni mental de las personas adolescentes.

Agrupados como requisitos indispensables para el trabajo de las personas adolescentes, los tres primeros artículos transcritos (66, 67 y 68), establecen un marco de condiciones y protección a la cualidad de trabajadores y trabajadoras, mientras el artículo 69 se relaciona directamente con las previsiones del resto de las normas indicadas por el objeto que persiguen las supervisiones e inspecciones allí establecidas, atinentes a la debida inscripción del o la adolescente trabajadora y condiciones de desempeño laboral.

Así, el artículo 66, relacionado además con el artículo 63 de la LEPINA que impone la obligación de inscripción en la seguridad social, en el primero se crea un deber a los propios adolescentes a su inscripción en el Registro de Adolescentes Trabajadores que al efecto debe llevar el Órgano Ejecutivo correspondiente.

El contenido de la ficha o Registro de Inscripción a la que se contrae el artículo 66 se explica por sí sola, aunque efectivamente el literal “k” deja abierta la posibilidad de cualquier otro requisito pertinente para una mejor protección en el trabajo. De esa manera, en el caso de las personas adolescentes discapacitadas, es pertinente la indicación de la discapacidad de forma precisa y su relación con el tipo de trabajo a desempeñar, o en los casos de aprendices, indicar tal circunstancias, y en todos los casos, resulta pertinente indicar la existencia o no de parentesco con el empleador, por razón consabida de que es esta una circunstancia de explotación económica particular muy concurrente.

Consideramos que debe ser un criterio de los Órganos de Supervisión del ramo de Trabajo, que cuando realicen las inspecciones a que se contrae el artículo 69, aunque en el mismo se establece que “...En el caso de los adolescentes trabajadores que estén registrados, las inspecciones se realizarán como mínimo una vez al año...”, en primer lugar éstas no deben espaciarse por tan largo periodo de tiempo, sugiriendo que se realicen de forma trimestral, y en segundo lugar que en las supervisiones ordinarias, al detectarse la ausencia de inscripción, credenciales y examen médico, aspectos a los que obligan los artículos 66, 67 y 68; se dicten las inmediatas resoluciones administrativas y acciones que cubran estas insuficiencias, dejando a salvo las sanciones administrativas al patrono o empleador. Adicionalmente, en razón del control jurisdiccional y administrativo, siendo esta una materia de orden público y en razón del principio de especialidad que rige a los órganos del Sistema Nacional de Protección de la Niñez y Adolescencia, las resultados de tales supervisiones y actuaciones, deben ser del conocimiento de las Juntas Departamentales de Protección y/o de los Tribunales Especializados de Niñez y Adolescencia, según sean los caso, para la determinación de las responsabilidades o medidas de protección que pudieran ser pertinentes. Esta sincronía entre los órganos de protección y el Órgano Ejecutivo en el ramo de trabajo y previsión social es obligante para la más efectiva protección integral de las y los adolescentes trabajadores.

El examen médico establecido en el artículo 68 expresa que se practica con el objeto de certificar que él o la adolescente se encuentran en condiciones adecuadas para desempeñar el trabajo en donde vaya a ser empleado. Una consideración especial en tal sentido obliga a tomar en cuenta a las personas discapacitadas en relación al desempeño que se proponen, por una parte, pero también una inmediata observación surge de la necesidad de la noción que deba tener el médico o institución que certifique acerca de los contenidos del trabajo a desempeñar, sea en adolescentes discapacitados o no, puesto que el desconocimiento médico de los trabajos peligrosos declarados por la Ley y Tratados Internacionales, podría erróneamente conceder tal certificación. Por tanto, muchas legislaciones prevén que la práctica de tales exámenes y por consiguiente la expedición de las certificaciones médicas respectivas se hagan por personal especializado del propio órgano del ramo de trabajo y no como lo establece la LEPINA “...en algún establecimiento de salud pública...”, de allí que la recomendación en su implementación se orienta a la expedición de directrices del Consejo Nacional de Derechos de la Niñez y Adolescencia, conjuntamente con el Órgano Ejecutivo

del Trabajo que pongan en práctica la información necesaria a las instituciones de salud pública sobre los trabajos peligrosos y/o para la salud, o que pongan en riesgo los derechos de las y los adolescentes.

Das previsiones adicionales resaltan con importancia en este artículo 68, la primera que tiene características de seguimiento indispensable sobre el estado de salud del o la adolescente trabajadora, puesto que obliga a la repetición anual del examen médico, y la segunda que ordena a que en los casos de que el resultado del examen médico arroje algún padecimiento de salud, se provea del tratamiento oportuno a sus enfermedades y la rehabilitación que corresponde. Un asunto de orden práctico resulta de tales previsiones, y de interés en la determinación de posibles enfermedades o padecimientos por razón de la propia actividad laboral, ya que si realizado el primer examen, o uno cualquiera de los subsiguientes, en el año próximo se llegare a determinar algún padecimiento de salud, será necesario indagar, no sólo medicamente, sino también judicialmente en los casos que así sean demandados, la relación del tipo de trabajo desempeñado con los eventuales trastornos de salud, para su determinación exacta de enfermedad sobrevenida por tales causas. Los procesos judiciales, en tal sentido, además de las comprobaciones de las instituciones públicas de salud y el historial médico, en el acervo probatorio deberán contar con el auxilio de las experticias profesionales que se ameriten en cada caso particular.

Respecto del artículo 69, además de lo analizado, los aspectos a inspeccionar constituyen un *minimun petitiu* a cumplir por las autoridades del trabajo y previsión social, por lo que ciertamente la propia norma deja la suficiente amplitud para otros aspectos que puedan encontrarse establecidos en el resto de la normativa laboral, como sería el caso del cardinal 7mo del artículo 29 del Código de Trabajo que obliga a los patronos a "...Mantener el número suficiente de asientos o sillas a disposición de los trabajadores en las casas comerciales, oficinas, hoteles, restaurantes y otros centros de trabajo análogos. La misma disposición se observará en los establecimientos industriales cuando lo permita la naturaleza del trabajo....", o el cumplimiento de días de asueto, del salario, de las vacaciones, etc.

Por otra parte, insistiremos en el criterio de que las inspecciones y supervisiones que la norma ordena sean o bien acordadas y realizadas conjuntamente con las Juntas Departamentales de Protección, o bien que sean debidamente informadas sus results a estos órganos de protección especial, por cuanto de ellas pudiese derivar la necesidad de una medida de protección a la vida, la salud, la educación o la integridad personal de las o los adolescentes trabajadores, lo cual además de ser concordante con el artículo 70 sobre la denuncia, en cuyos casos, como veremos más adelante, se tramitarán como obligación de denuncia, aplicando el procedimiento establecido en el artículo 203 de la LEPINA en adelante para la determinación de las medidas de protección que sean aplicables y atendiendo al principio de oficiosidad que estatuye el artículo 204, *eiusdem*. Advertimos ciertamente una frontera de competencias entre el conocimiento por denuncia ante la autoridad administrativa (Juntas Departamentales de Protección) y la autoridad judicial (Tribunales de Niñez y Adolescencia), que establece el artículo 71, que no resuelven la asignación de competencias de los artículos

aunque a los efectos de lo afirmado pareciese una contradicción o incongruencia legal con lo estatuido en el artículo 71 de la LEPINA, ya delimitaremos la secuela procedimental que, a nuestro entender, debe seguirse en cada caso, llegada la oportunidad del análisis de esta norma de competencia judicial.

Título II

Derechos de Protección

Capítulo II

Protección de la Persona Adolescente Trabajadora

Artículo 70.- Denuncia

Cualquier persona podrá denunciar ante las Juntas de Protección de la Niñez y de la Adolescencia y ante el Órgano Ejecutivo en el ramo de Trabajo y Previsión Social, las situaciones que puedan significar amenaza o violación de los derechos de los adolescentes trabajadores, así como de las niñas y niños que estén siendo empleados, utilizados o explotados en las formas prohibidas en esta Ley.

Artículo 71.- Protección Judicial

Los juzgados y tribunales competentes conocerán de las violaciones y amenazas de los derechos laborales de los adolescentes trabajadores.

La denuncia de aquellas situaciones de amenazas o violación de los derechos de los adolescentes trabajadores o de niñas o niños que estén siendo empleados, utilizados o explotados, es calificada con el carácter potestativo para cualquier persona, lo que se desprende sin duda del uso de la expresión “podrá” y no de la obligación “deberá”.

Queda entendido que por ser todas las protecciones de derechos humanos a las niñas, niños y adolescentes, asuntos de orden público, cualquier autoridad si está obligada (deber), a denunciar estas situaciones.

En ambos casos el Artículo 70 establece que el órgano ante el cual se producirán estas denuncias serán las Juntas de Protección de la Niñez y Adolescencia, quienes como hemos afirmado anteriormente darán apertura al procedimiento administrativo correspondiente y bajo el principio de oficiosidad librarán y materializarán cuantas pruebas sean necesarias a la determinación de la situación de amenaza o violación del derecho de que se trate y la o las personas responsables.

En lo atinente al artículo 71 hemos venido insistiendo en el análisis que se ha producido en él presente Capítulo de esta obra que la autoridad judicial competente lo son los Tribunales o Juzgados especializados de protección de la niñez y adolescencia, lo cual fundamentamos en que la protección especial de los sujetos NNA priva frente a la competencia por la materia, por lo que se produce la figura procesal del principio de fuero de atracción procesal especial por razón de los sujetos y no de la materia. En este criterio, no son los Tribunales del

Trabajo los encargados de los procesos para conocer de las violaciones o amenazas de los derechos de los y las adolescentes trabajadoras. Priva además el principio que en esta obra hemos ampliado suficientemente acerca de la especialidad de leyes, órganos, instituciones, programas, políticas y medidas para la niñez y adolescencia, que se deriva del principio de prioridad absoluta estatuido en el artículo 4 de la CDN y en la propia ley de la materia.

Con fundamento en este criterio, las legislación venezolana en la materia, por ejemplo en su artículo 177, parágrafo cuarto establece la competencia judicial de los Tribunales de Protección de niñas, niños y adolescentes, para los asuntos patrimoniales y del trabajo, mientras que las medidas de protección relacionadas con violaciones de derechos son conocidas en sede administrativa por los Consejos de Protección (equivalentes a las Juntas de El Salvador), apelables por ante los predichos Tribunales.

Como quiera que la intención legislativa de la LEPINA en el artículo 70 es que la denuncia de estas violaciones en materia de trabajo se produzcan por ante las Juntas de Protección, resulta obvio que serán estas quienes tramiten el procedimiento o contención administrativa para la toma de la medida de protección pertinente, si a ello hubiere lugar, por lo que no existe contradicción entre la competencia judicial del artículo 71 y la denuncia prevista en el artículo 70, ya que, repetimos, tramitado el procedimiento administrativo, este además del recurso de revisión por ante el órgano que lo pronuncia expresamente establecida en el artículo 211, le es acordado el control judicial contenido en el artículo 212. En estos asuntos, sin duda que el procedimiento se inicia en sede administrativa, como está previsto en el artículo 203, fase que pretende la determinación del mandato de protección, con el recurso de control judicial por ante el Tribunal de Protección, conforme a la letra "e" del artículo 226.

De acuerdo con los criterios y principios procesales que hemos sostenido, la competencia a la que se refiere el artículo 71 de la LEPINA cuando establece que **"Los juzgados y tribunales competentes"** conocerán de las violaciones y amenazas de los derechos laborales de los adolescentes trabajadores" (subrayado intencional), es la de los Tribunales especializados de niñez y adolescencia. De esa forma, estos Tribunales siempre atendiendo al principio de atracción procesal de competencia por razón de los sujetos, atenderán las demandas o asuntos judiciales del trabajo cuando las personas adolescentes trabajadoras sean legitimados activos o pasivos, por ejemplo en reclamaciones de beneficios laborales, violaciones de derechos laborales, fijación de salarios, remuneraciones, horarios de trabajo, entre otras materias de controversia judicial, mientras que conocerán por vía de control judicial, en aquellos asuntos que habiéndose dictado medidas de protección para niñas, niños o adolescentes trabajadores, provengan de las Juntas Departamentales de Protección.

10. La Protección Especial. Su Relación con las Medidas de Protección Administrativas y Judiciales

La claridad que se tenga de la formulación doctrinaria, aunque breve, servirá para la implementación de la LEPINA y de herramienta para sus operadores, no sólo en lo judicial, sino también y especialmente de argumento ontológico para la formulación de las políticas públicas de Protección Universal, y las Políticas de Protección Especial, así como para la correcta interpretación de la estructura y funciones que asumen cada uno de los órganos, instituciones y entidades en el marco del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, pues de la protección especial en cuanto a restitución de derechos estará a cargo la Junta Departamentales de Protección correspondiente o los Tribunales de Protección, según sea el caso, mientras que de los Derechos colectivos y difusos, en lo administrativo el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia y los Comités Locales, y en lo judicial en cuanto a la Acción de Protección, los Tribunales de Protección.

Hecha esta consideración previa, entiéndase también que, como afirmamos en esta misma obra, EL DERECHO DE PROTECCION al que se refiere la LEPINA, además de que debió formularse en sentido singular, debió proseguirle la denominación ESPECIAL, esto es DERECHO DE PROTECCION ESPECIAL, por cuanto todos los Derechos (Supervivencia, Desarrollo, Participación y Protección Especial), están dirigidos a la Protección Integral. La ausencia de la calificación de “ESPECIAL” podría dar lugar a confundir la atención final restitutoria (que es el objeto de la Protección Especial), con la Protección Integral que es el fin del reconocimiento de la niñez y adolescencia como sujetos plenos de derechos.

Debe tenerse siempre presente además, que las diversas situaciones que se describen en los dos capítulos del Título II de la LEPINA, sobre Derecho de Protección Especial, un principio general que priva es que todas y cada una de ellas, así como cualesquiera otras que se puedan presentar en la cotidianidad de vulneración de derechos humanos, situaciones que podrían no estar positivadas o casuísticamente contempladas como tipos legales, siempre que su conjugación de hecho concierte la amenaza o violación de un derecho; todas estas situaciones, en fin, constituyen la causa principal de intervención de las Juntas Departamentales de Protección y/o de los Tribunales de Protección para dictar la medida de protección más acorde con la restitución del derecho o los derechos violentados por la situación específica. Por ello, en un sentido pedagógico y orientador afirmamos que el Derecho de Protección Especial es la guía de actuación de Juntas Departamentales y tribunales en su función de restituir derechos violentados o hacer cesar las amenazas que se produzcan contra estos derechos.

No quepa duda tampoco que la PROTECCION ESPECIAL es el instrumento más cónsono de asidero y argumentación objetiva para la restitución sustantiva de derechos humanos a la niñez y adolescencia que se encuentra en una situación cualquiera de vulneración de derechos. Por tal razón, existe una vinculación directa, inmediata e imperativa a seguir por los órganos administrativos de protección especial (Juntas Departamentales) y los Judiciales, cada vez que ante ellos se conozca (Por denuncia o de oficio), de una omisión u acción que vulnera uno o más derechos a una niña, niño o adolescente individualmente considerado.

Así, resulta imprescindible también que estas Juntas y los Tribunales de Protección asimilen la situación bajo análisis desde la perspectiva de la vulneración del derecho a la protección especial que requiere de una hermenéutica apropiada en la subsunción lógica de la norma de protección, pero más allá de ella, en los aspectos estructurales causantes de la violación de los derechos por los cuales conoce la causa el órgano respectivo.

Al respecto, por el interés que apreciamos tiene para la toma de decisiones en la materia, sean cuales fueren los derechos violentados, copiamos parte de un ensayo sobre la importancia social de las medidas de protección⁸¹, de la siguiente forma:

“...Fundamento doctrinario internacional de las medidas de Protección”

Como se sabe la Convención sobre los Derechos del Niño –CDN- contempla expresa y extendidamente entre uno de sus principios rectores de Derechos Humanos para esta población el reconocimiento de todo niño como sujeto pleno de derechos, lo que por sí sólo debería implicar la excepcionalidad de la institucionalización y la no judicialización de los niños por sus carencias materiales, sociales, culturales, económicas y/o familiares. Así, la propia

81 Yuri Emilio Buaiz, “importancia Social de las Medidas de Protección”, pag 266 a 289

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.

También sabemos que la Convención sobre los Derechos del Niño establece mecanismos, providencias 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 Convención sobre los Derechos del Niño, implica la activación cierta de mecanismos, preferiblemente administrativos y en último caso, judiciales, para garantizar o restituir el derecho vulnerado.

El artículo 27, numeral 2do. de la CDN establece que los padres tienen la responsabilidad primordial de proporcionarle a los hijos, dentro de sus posibilidades económicas, las condiciones necesarias para su desarrollo, como también prescribe en su norma 27, numeral 3ro. la 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 en su artículo 4, al declarar la obligación de dar efectividad a los derechos de los niños, por cuantas medidas sean apropiadas, y también debe interpretarse de acuerdo al artículo 6.2 de la Convención en la que el Estado asume la obligación de garantizar los derechos de supervivencia y desarrollo de los niños.

Por supuesto, que las medidas de apoyo a los padres ordenadas en la CDN están orientadas a dar efectividad al derecho a una vida digna y adecuada al desarrollo del niño, por lo que el párrafo 1 del artículo 27 de la CDN amplía como desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, y el párrafo 3ro. insiste en la importancia de que el Estado proporcione asistencia material en caso necesario, particularmente respecto a nutrición, vestuario y vivienda. Como se nota, es evidente que esta norma internacional crea una obligación de prestación, es decir, una garantía primaria al Estado frente a las familias, que comprende la adopción de medidas de protección de carácter positivo para los niños y sus familias que no alcancen un nivel de vida adecuado. Para esta asistencia material, la CDN creó el principio de efectividad que exige la generación de mecanismos, estructuras, programas, políticas, planes y acciones a favor de los niños en general, y también a favor de los más vulnerados o particularmente violentados en sus derechos.

De igual forma, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece de manera indubitable esta obligación en su artículo 10 en términos de que **“Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición...”**. Es evidente que esta norma, siendo de carácter general, se refiere a “todos los niños” y las funda en el principio general de no discriminación e igualdad. Estas medidas especiales de protección estarán a disposición de todos los niños que las necesiten y se activarán cada vez un derecho sea vulnerado a un niño o niña en particular, para protegerlo eficazmente.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 19 establece que **“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”**.

En tal sentido, Gustavo Moreno⁸² transcribe parte de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Villagrán Morales y otros”, del 19 de noviembre de 1999, que en su párrafo 185 dice: “La Comisión sostuvo que la razón de ser del artículo 19 de la Convención radica en la vulnerabilidad de los niños y en su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos. Igualmente, afirmó que mientras que las consecuentes responsabilidades de protección corresponden en principio a la familia, en el caso de niños en riesgo se requieren medidas que emanen del Estado. Según la Comisión este deber estatal especial abarca el amparo de una amplia gama de intereses, sociales, económicos, civiles y políticos, del niño”

Aunque por principio no compartimos la idea de la “...**incapacidad de los niños para asegurar sus derechos**”, resulta valioso el amplio sentido que la Corte da a las medidas de protección por parte del Estado.

En esta misma sentencia, la Corte Interamericana también expresa que **“El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito de homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos”**.

En síntesis, la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo particular, y la Doctrina de Derechos Humanos para la Protección Integral de los niños y adolescentes, en general, se han encargado de reconocer universalmente los derechos a la supervivencia, el desarrollo, la participación y la protección especial...”

“...las políticas de Protección Integral a la niñez y adolescencia deben estar tendidas sobre la creación y activación de los mecanismos que sean necesarios, tales como los de carácter legislativo, educativos, culturales, sociales e institucionales que permitan subrayar el carácter universal de la protección para el vencimiento de cada uno de los obstáculos de carácter especialmente estructurales que han creado marcadas relaciones de inequidad para la infancia...”

“...Delimitación de las causas en la violación de los derechos de los niños”

Todo incumplimiento, inobservancia, violación o amenaza de los derechos a los niños y adolescentes, tiene una explicación causal en los ordenes social, político, económico y cultural, entre otros, que reflejan no tan solo las circunstancias de lugar, sujetos y hechos en que se produce tal violación o amenaza, sino que principalmente orientan a la necesidad de un análisis adecuado de las causas que producen tales situaciones, y dentro de estas causas, importa precisar el grado que ocupan en el análisis social, que a su vez permitirá aplicar la acción social más apropiada para su efectiva restitución.

Innumerables documentos y apropiados análisis de la situación de los niños y adolescentes en América Latina y el Caribe, desnudan de manera categórica las condiciones en que se desenvuelve esta población. Más de la mitad de los niños son pobres, calculándose que

82 Moreno, Gustavo. La exigibilidad de los Derechos sociales de la infancia, Trabajo en electrónico.

casi 120 millones, para el año 2002, se encuentran en situación de pobreza. Aunque las disparidades entre los países de la región son asombrosas, variando de uno a otro la incidencia de pobreza (por ejemplo, en Honduras, Nicaragua y Ecuador en donde alcanza al 80% de los niños), sin excepción, en todos los países de la región, resulta alarmante, aún en aquellos de menor incidencia de condiciones adversas como el caso de Costa Rica, Uruguay y Cuba. Así, Venezuela ocupa un nivel de incidencia de pobreza de más del 50% en el grupo etario de 0 a 19 años, estimada sólo en el área urbana⁸³.

De igual manera, coinciden estas investigaciones en las causas significantes de la exclusión social en todos los países de la región, entre ellas se identifican como factores determinantes los desequilibrios sociales, tales como la falta de empleos de calidad para los adultos y salarios bajos que coadyuvan significativamente en el trabajo infantil, la desigualdad distributiva inherente a la concentración de capital físico, financiero y educativo, en donde los hogares más pobres venden su mano de obra en francas condiciones de explotación humana que contribuye a reciclar de forma cada día más desventajosa, las propias condiciones de pobreza en que ya se desenvuelven y perviven. Una expresión cruda de la desigualdad distributiva se concentra en que los beneficios del crecimiento económico que registran algunos países de América Latina y el Caribe nunca han llegado a los sectores populares o de menos ingreso o en el hecho de que más del 40% de la población más pobre no llega a recibir en su totalidad ni siquiera el 10% de los ingresos totales, mientras que el 20% de los sectores o clases pudientes reciben más del 60% de estos ingresos totales. En general, en toda la década de los 90, la Región ha sido calificada como de “alta desigualdad”.

Otros factores encontrados en nuestros países como determinantes causales de la exclusión social están vinculados a la transmisión de la pobreza de padres a hijos, sin que existan un marco de nuevas y mejores oportunidades para las nuevas generaciones, además de las condiciones de salud, alimentación de las madres, atención prenatal y en el parto, planificación familiar, condiciones sanitarias y alimenticias en los primeros años de vida y la educación, especialmente la preescolar y de la primera infancia o inicial que no se sostiene como prioridad en la región, y finalmente constituye un factor causal la ineficiencia y cuantía del gasto social.

Por la evidencia de las condiciones en que se desenvuelve la vida cotidiana de la mayoría de los niños y adolescentes es ineludible que ante cualquier circunstancia de violación de los derechos a un niño o a un adolescente precisemos el análisis de las causas que dan origen a la violación misma.

Con este panorama, no cabe duda que la mayoría de los casos de violación o amenazas de derechos que conocen los Consejos de Protección⁸⁴ son expresión de las condiciones de pobreza y exclusión en que se “desarrollan” (o en que no se desarrollan), los niños y adolescentes.

En este orden, las violaciones de los derechos humanos son imputables a causas de tres niveles: Las estructurales, las intermedias o secundarias y las finales.

1. Causas Estructurales: Están asociadas directamente a las desigualdades en que se desenvuelven los grupos humanos como seres sociales. Las causas estructurales no

83 UNICEF y CEPAL, La pobreza en América Latina y El Caribe aún tiene nombre de Infancia, pág. 10 a la 19.

84 Juntas Departamentales de Protección en la LEPINA.

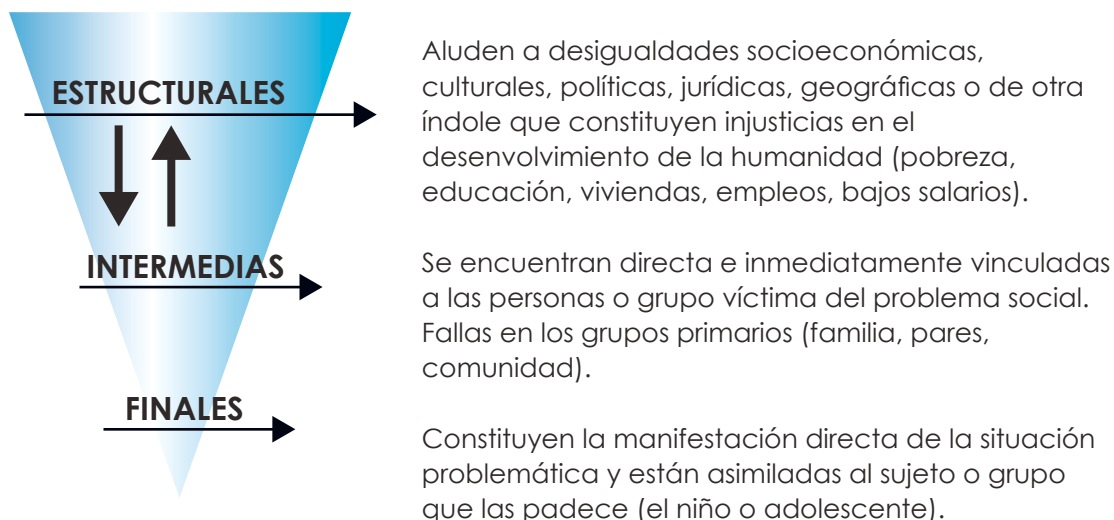
necesariamente se expresan o manifiestan de manera fácilmente detectable o visible en un asunto determinado. El análisis del conflicto social de que se trate, los sujetos involucrados, las condiciones generales de la sociedad y de los individuos en particular, los factores económicos, sociales y culturales; accederán, en muchos casos, a descubrir las causas estructurales presentes en la violación de un derecho humano. Un ejemplo podría constituir los derechos alimentarios, que si bien se expresan de manera directa, que denomino intermedia, en la responsabilidad de los padres, su incumplimiento obviamente podría entenderse inmediatamente como la falta de responsabilidad paterna, pero se amerita de un análisis de las condiciones generales de la sociedad, de las particulares de esa familia, en cuanto a ingreso por empleo, educación particular de la familia, entre otros, para ir descubriendo las causas estructurales que acompañan a la manifestación específica del problema social que confrontan como grupo humano dentro de la sociedad. En cuanto a las medidas de protección que, como es sabido, se realizan en el municipio, en las comunidades, en las parroquias, en las familias, interesa incorporar el análisis causal sustancial o estructural de la violación del derecho, es decir, descubrir las causas estructurales que pudiesen estar presentes en un caso particular, e incorporar dentro de ese análisis otros factores como la desigualdad geográfica, la mayor o menor oportunidad de acceso a bienes y servicios, etc. Las causas estructurales, en fin, constituyen la máxima expresión de los factores que originan la violación de los derechos humanos. Atrevo a asegurar que la mayoría, por no decir todas las violaciones de derechos humanos de niños y adolescentes, tienen un componente de naturaleza estructural.

Causas intermedias o secundarias: Son aquellas que están directamente vinculada a las circunstancias fácticas, a las personas, a las fallas o ausencias en los grupos primarios del conflicto social que se presenta como violación de los derechos humanos (por ejemplo en las familias, en los pares, en las comunidades), o a las carencias en la prestación de los servicios. Comúnmente las causas intermedias junto a las finales son las de más fácil detección porque se avizoran con seguridad en la expresión más cercana a las personas, a las instituciones o a los servicios. En el análisis del derecho violado seguramente ubicamos el factor inmediato de su ocurrencia, es decir, quien lo ejecuta, en qué circunstancias lo ha hecho, por lo que en la detección de estas causas interesa remitirse a las condiciones de tiempo, lugar, sujetos y circunstancias que rodean el hecho mismo. Hacer un análisis de estas causas desprendido de las causas estructurales corre el riesgo de no expresar acertadamente las verdaderas causas del conflicto social o de otra índole que viola derechos humanos, y por tanto, el riesgo de que la medida de protección resulte cuando menos insuficiente para la solución sustancial del mismo. En el ejemplo dado para la explicación de las causas estructurales, sería una causa intermedia, la irresponsabilidad de los padres, el desinterés en la alimentación adecuada de sus hijos, por lo que la causa intermedia sólo explicaría en esta situación las razones de los sujetos inmediatamente vinculados al problema social como sujetos activos en el conflicto social, pero seguramente deja por fuera las explicaciones causales estructurales que se detallaron antes. En fin, en las causas intermedias relacionamos directamente al grupo social o a las acciones u omisiones que aparecen como manifestación directa del problema, más no aquellas que son más generales a la conflictividad social.

2. Causas finales o expresión consecucional: Se asimilan al problema mismo, es decir, que son aquellas que expresan el conflicto social específico y están asimiladas al sujeto o grupo social que las padece o que es víctima directa o indirecta de la violación de los derechos humanos. Las causas finales fueron la expresión genuina de la intervención de los modelos de atención en la doctrina de la situación irregular que identificaba el problema social no como un conjunto de todas las causas sociales (es decir, estructurales, intermedias y finales), sino como manifestación individual de un problema que es fundamentalmente social. Razón está

que permitió que en la vigencia legal y social de esta doctrina (lamentablemente aún perdura mucha vigencia institucional), la atención dirigida a los “problemas” y no a la violación de los derechos de los niños, era de tipo individualizada, reuniendo en el niño “atendido” las características de víctima y victimario de los conflictos sociales que afectaban sus derechos humanos. Así, por ejemplo, a un niño que se encontraba deambulando por las calles, se le internaba en un Centro de Diagnostico y Tratamiento para hacer un análisis exhaustivo de su personalidad, privándolo de su libertad para “resolver el problema” que ese niño tenía. Por supuesto, de esa manera quedaba incólume el problema social que produce como fábrica a niños en situación de supervivencia, manifestando y reproduciendo sus francas contradicciones, en la familia sin oportunidades de ingreso estable, digno y permanente, en la escuela con su sistema perverso de expulsión y exclusión, en las instituciones portadoras y ejecutoras de políticas discriminatorias, o en la sociedad carente de conciencia de la solidaridad. En el ejemplo dado para la explicación de las causas estructurales e intermedias, para la doctrina de situación irregular el problema alimentario del niño, lo constituye el niño mismo, y es necesario nutrirlo, porque el porta su propia causa y efecto, sin análisis de ninguna índole acerca de la determinación que fluye desde las causas primarias o estructurales y de las secundarias o intermedias. Bajo la doctrina de protección integral, en un caso concreto de violación individual de derechos, se hace urgente e imperativo que la causa final sea vista en conjunto a las dos primeras para acertar en la medida de protección más adecuada a la solución sustancial del problema social que da origen a la violación del derecho humano de que se trate.

CAUSAS EN LA VIOLACION DE DERECHOS



Evidentemente que son menos recurrentes en la práctica las causas intermedias y finales, las últimas porque están asimiladas a conductas del propio niño o adolescentes, y las segundas a los grupos primarios de vinculación del niño, y también porque aparecen siempre o casi siempre vinculadas a causas estructurales, o como expresión de éstas en cabeza de los padres o responsables del niño.

En una comprensión sociológica de las medidas de protección, ésta constituye una herramienta apropiada para atender efectivamente las contradicciones y alteraciones sociales que perjudican a los grupos humanos de niños, niñas y adolescentes, en su pertenencia y desenvolvimiento familiar y social. En tal consideración, la medida de protección es entendida como uno de los medios idóneos para la satisfacción de las necesidades básicas de los niños y niñas.

Entender el comportamiento de las causas estructurales en la violación de los derechos de los niños, debe llamar la atención acerca de la actuación de evaluación, control y demanda de políticas públicas dirigidas a provocar el cumplimiento del derecho al nivel de vida adecuado, por parte de los Consejos de Derechos de Niños y Adolescentes⁸⁵, en sus respectivas competencias y atribuciones político-territoriales.

Para la más exhaustiva comprensión sociológica de la importancia que puede tener una medida de protección para la vida y desarrollo del niño, y también de cómo a través de la protección se develan las causas estructurales que afectan al niño o niña de que se trate y a su grupo familiar al que en todo caso puede dirigirse la medida, creemos necesario el estudio socioeconómico de la familia y de los conflictos sociales que perturban la calidad de vida como derecho humano fundamental.

4.- Delimitación de la trascendencia social de la medida de protección

Algunos datos son básicos para delimitar la medida de protección en su alcance social, que imponen una visión de ruptura con algunas formas conceptuales en la práctica de la protección a los niños y adolescentes, entre ellas:

4.1 Trascender la visión singular de lo jurídico:

Con el sólo análisis de la norma jurídica y de los eventos que se suscitan en el procedimiento administrativo, no basta para la determinación de la medida lo más cercano posible a vencer la realidad que atraviesa la familia. La importancia de estudiar las relaciones causales de la violación de los derechos a los niños, en los términos en que la he planteado, tiene como objeto determinar la aplicación del programa o los programas que sean más apropiados al recorrido de las causas, para su vencimiento, es decir, para avanzar en la superación de las razones sociales, económicas, culturales, educacionales o de cualquier otra índole que se hayan comportado como factores en la determinación de la violación o desprotección del derecho, especialmente en aquellos casos que evidencian conflictos sociales originados por la pobreza o la exclusión social. Distinto será el caso de la negación de una matrícula escolar, o de expulsión de un centro educativo, o de inminente peligro a la vida o a la salud, en el que por supuesto, además de las medidas a las que se refiere el artículo 296 de la LOPNNA⁸⁶, la violación es de facto, demostrable con el hecho violatorio mismo y no necesariamente

⁸⁵ Comités Locales de Derechos de la Niñez y la Adolescencia en la LEPINA

⁸⁶ Asimilable al Artículo 120 de la LEPINA

con un conjunto de relaciones contradictorias que genera la pobreza en la sociedad, en la comunidad y en la familia.

El análisis de la medida de protección en el estricto sentido jurídico no expresará nunca la realidad individual, humana, socioeconómica, material, cultural, educativa de la familia y por ende, del niño. De manera que si no hay acceso al estudio causal social correspondiente, además de toda la probanza jurídica que se quiera en un procedimiento administrativo o en un procedimiento judicial, si el Juntero de Protección o el juez en su caso no tiene acceso a conocer cuáles son las razones sociales que dan origen a que un niño esté en la calle, seguramente la medida no responsabilizará a las causas estructurales asimiladas a la pobreza y a la desigualdad de oportunidades, y con seguridad, que la reflexión se hará responsabilizando al niño, o en todo caso, a la familia, que tal vez poco o nada tiene que ver con las injusticias en que se desenvuelve la sociedad actual, en las que nos ha tocado vivir, pero a la que no nos rendimos.

Por otro lado, si bien en el ordenamiento legal de la materia, la Medida de Protección está destinada a asegurar los derechos y garantías, restituyéndolos o preservándolos, la expresión de cada uno y de todos los derechos consagrados y reconocidos por este mismo ordenamiento, constituyen condiciones subjetivas de los seres humanos como sujetos plenos de derecho, por cuanto lo que importa en resumen es la tutela efectiva de los derechos y garantías en caso de inobservancia, incumplimiento o defenestración, y no la tutela de la persona titular del derecho. Por ello, la función real de la medida de protección está indisolublemente ligada al derecho humano de que es acreedor la persona, el niño o adolescente que se encuentra en situación de desventaja, de desconocimiento de su condición de sujeto de derechos. También, la expresión de cada uno y de todos los derechos se verifica en la vida social, en la cotidianidad familiar e individual de esos niños o niñas, y es precisamente en esa cotidianidad en que se acontecen las más disímiles controversias entre el deber ser de la condición de sujetos de derechos y la realidad.

Por tanto, las previsiones legales en materia de protección individual a los derechos humanos (medidas de protección), deben ser interpretadas a la luz de las condiciones objetivas del desenvolvimiento social de los niños, adolescentes y de sus familias. No se trata de incurrir en la estigmatización de la medida, ni de su objeto, mucho menos de los sujetos a quienes está destinada. Es decir, la medida de protección a los derechos humanos de los niños sabemos que está concebida para restituirle o preservarles el derecho o garantía amenazado o violado, pero es evidente la distinción necesaria entre una medida acordada a quienes se encuentran en situación de desventaja social, que a aquellos que no lo están, por cuanto también es evidente que la mayoría de las situaciones de desprotección se presentan en uno u otro caso, de manera diferenciada. Bástese como ejemplo esclarecedor la medida ejecutable a través del programa previsto en el particular "a" del artículo 124 de la LOPNNA⁸⁷, que consiste en la asistencia, debe entenderse que se trata de una asistencia integral, pero esencialmente socio-económica, para satisfacer las necesidades de los niños, adolescentes y sus familias, que se encuentran en situación de pobreza. Una familia que tiene cubierta sus necesidades, que goza de los niveles socio-económicos regulares para su subsistencia y desarrollo equilibrado, podrá ameritar en un caso concreto de otra medida, pero no de la citada. Igualmente, una familia que carece de la formación necesaria para el desempeño

87 Se refiere a Programas de asistencia para satisfacer las necesidades de los niños, niñas y adolescentes y sus familias que se encuentran en situación de pobreza o afectados por desastres naturales o calamidades, que bien tiene su expresión en la LEPINA en el particular "a" del artículo 120., en concordancia con el artículo 116 y 111, letra "b".

de un empleo u oficio particular que le permita la subsistencia y el desarrollo en condiciones de dignidad, seguramente deba acordársele una medida que garantice su inclusión en un programa de adiestramiento o de formación de oficios, porque ciertamente por las condiciones de pobreza, esta familia no tuvo las oportunidades que otras si tuvieron de acceder a la formación y educación. En tal caso, resulta evidente la población destino de este tipo de medidas, que no es otra que las familias a las que se les ha negado el acceso a un nivel de vida digno. Con certeza, uno y otro programa, el de asistencia económica y el de formación de un oficio, deben ir de manera complementaria en una misma medida que tenga como destino una misma familia, como fórmula segura de garantizar que la asistencia no se convierta en mera compensación de la situación particular, sin atender uno de los factores estructurales de la pobreza, cual es la imposibilidad material de obtener un ingreso para el sustento familiar.

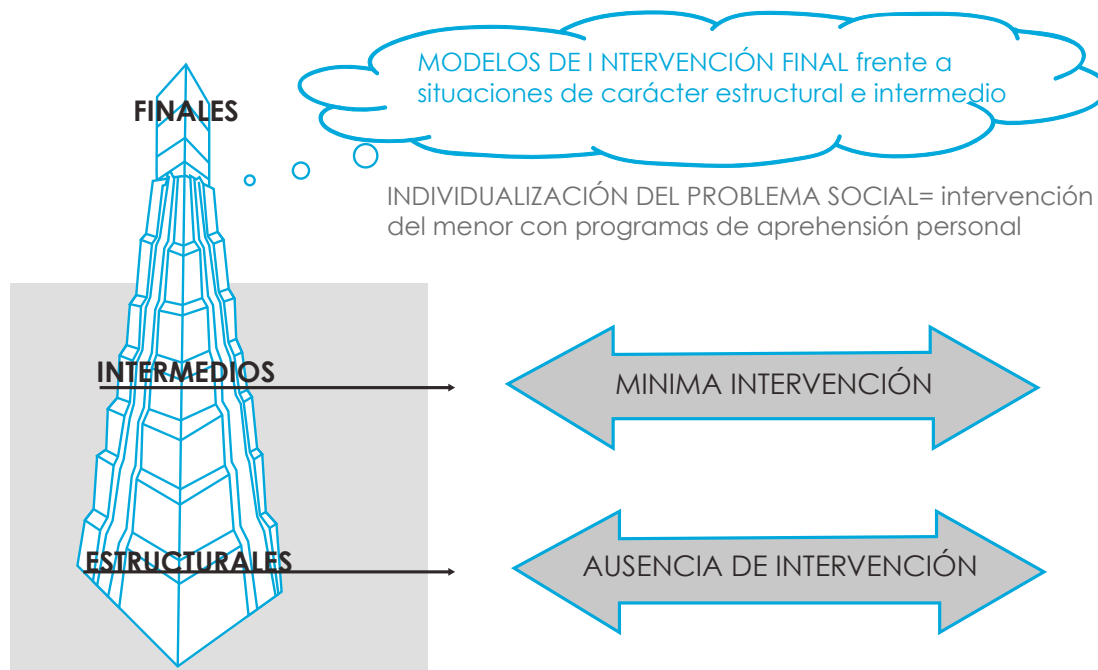
4.2 Trascender la visión singular del problema individual

La interrelación sustancial de la medida de protección con las políticas sociales y los programas de atención constituye así una de las diferencias con los modelos de intervención sostenidos y practicados en el sistema tutelar de los menores en situación irregular, por cuanto la medida de protección correspondiéndose fielmente con la protección a los derechos humanos del niño o niña, o adolescente de que se trate en un caso concreto, no debe dar una respuesta de intervención individual a un problema que teniendo su origen y causa en las condiciones de pobreza, por ejemplo, no es un problema individual, sino social. Por tanto, la respuesta de la medida de protección debe impactar lo social, dirigiendo las responsabilidades a las instituciones de asistencia o de servicios pertinentes. Esto permite alejar la mirada del niño como problema en el marco de las contradicciones sociales existentes; es decir, empezamos a mirar el problema desde las relaciones intrínsecas en las que se mueve una sociedad y evidentemente a ubicar la medida en la dimensión institucional que corresponde a las políticas educativas, culturales, informativas, comunicacionales, de familia o asistenciales, según sea el caso.

Si es cierto que en el niño violado en sus derechos, se deben aplicar los programas necesarios para la restitución del derecho mismo, es más cierto aún que la acción del programa o que las acciones estratégicas del programa no están dirigidas al niño como problema, sino a éste como víctima de un problema mucho más complejo que atiende a razones multicausales en las que el niño es, por lo general, expresión consecencial de contradicciones menos visibles, pero no por ello verdaderamente causales de la violación de sus derechos.

En los modelos de intervención de la situación irregular, ante las situaciones en que se encontraban los niños por las causas sociales que les violaban sus derechos, se utilizaron de manera privilegiada los programas de aprehensión individual, bajo la figura de la tutela del Estado que se encargó de esconder la exclusión en que se encontraban los niños de las políticas sociales básicas, además de privarles del derecho a la libertad por causas asimiladas a conflictos sociales o familiares, por lo que ahora, en las actuaciones del paradigma de protección integral a los derechos humanos de los niños se impone una intervención dirigida a superar estos conflictos, devolviendo al niño el derecho a su pleno e integral desarrollo en libertad, no teniendo cabida alguna la exclusiva intervención individual para subsanar los orígenes del problema.

INTERVENCIÓN CLÁSICA DE LOS PROBLEMAS SOCIALES -Situación Irregular-



En definitiva, el problema que se refleja en la niña, niño o adolescente no es generalmente individual, dejando a salvo las escasas situaciones en donde el niño es el que atenta contra sus propios derechos. La apreciación del problema social y no de la circunstancia coyuntural servirá obviamente para ampliar la mirada de los servicios, bienes, programas y acciones que deban estar a disposición de la niñez y adolescencia, y de sus familias

4.3 Abordar la realidad circundante

Se impone trascender significativamente la visión singular que pretende explicar en las conductas u omisiones de la familia todas las situaciones causales de la violación de los derechos, y más equivocada aún aquella visión que intenta colocar en la familia las razones causales de su propia realidad. Conforme a esta visión, la familia vive en cerro sin servicios de cloacas, porque ella misma es responsable de ello, o la familia se alimenta de mendrugos de pan, o come una sola vez en dos días, porque la falta de empleo es su responsabilidad. En esa visión singular, no existen otros comportamientos estructurales ni multicausales que generan condiciones adversas en las familias, muchas veces insalvables por grandes que sean sus esfuerzos. Trascender significativamente esto, significa vincular directamente la medida de protección a tomar con las obligaciones inherentes a las instituciones del Estado, por una parte, y por la otra, en lo más concreto significa articular la acción o la intervención que ordena la medida con los programas más adecuados, por ejemplo, en materia de niños de la calle o en estrategia de supervivencia en la calle, el programa debe contener modalidades de ubicación y responsabilización familiar, carencias de estas familias, o estrategias que demuestren fehacientemente que se cumple con este componente dentro del programa, analizar el grado de escolaridad del niño, si lo tuvo o si lo tiene, cantidad de hermanos, formas de vida, medio en que se desenvuelve, entre otros aspectos, todo lo cual va a ayudar a la

definición de la medida más apropiada. El Juntero de Protección entonces debe conocer suficientemente el programa o programas en que se va a ejecutar la medida, para apreciar con profundidad las órdenes que dará para la solución sustancial y no circunstancial del caso que tiene ante su responsabilidad, es decir, para la solución sustancial del conflicto social que le ha sido colocado en sus manos.

Frente a la diversidad de situaciones violatorias de derechos que impone la exclusión social y económica de la gran mayoría de las familias en nuestros países, caracterizados por la desigual distribución de la riqueza, y por las inmensas dificultades para acceder a los servicios en condiciones normales, seguras y dignas, y muy a pesar de estas realidades, debe preservarse la familia como derecho fundamental. Aunque esta afirmación pueda parecer un lugar común, todavía son muchos los que piensan que una medida de protección, sea administrativa, o judicial como en el caso del abrigo, colocación familiar, en familia sustituta o en entidad de atención, son respuestas a la imposibilidad que tiene la familia de atender las necesidades básicas de sus hijos e hijas. Pues bien, frente a esto hay que afirmar que no se trata de “mudar” a los pobres de lugar y hábitat, negando derechos a través de una tutela que en nada se diferencia de la que materializó durante años la situación irregular. De lo que se trata es de reconocer efectivamente el goce de los derechos a la familia que en situación de pobreza se ve compelida a sufrir las consecuencias de la desnutrición, de vivienda insalubre, de riesgo ante catástrofes naturales o generadas por la intervención despiadada de la humanidad, o la familia que sobrevive en otras condiciones inhumanas. En estos casos, la familia por sí sola no es el agente causal, sino el efecto de la violación de los derechos del niño o niña, o adolescente, puesto que el predominio de causas estructurales como la deseducación (para utilizar una expresión de Noam Chomsky)⁸⁸ se expresa en conductas u omisiones de las familias. Por ello la medida de protección, está obligada a particularizar cada situación, porque su expresión no es, por lo general, uniforme, aun en situaciones similares. En ese sentido, por ejemplo, el maltrato puede ser objeto de un procedimiento administrativo de protección, pero entre una u otra familia maltratadora se pueden ostentar realidades, valores, educación e información distinta. Igual se puede decir de la situación de desnutrición o malnutrición que afecta los derechos alimentarios de un niño o niña, en una familia de escasos recursos respecto de una familia con recursos para proveer la alimentación. Aunque la materia pueda ser la misma, seguramente en una u otra familia existen distintas causas para tener a sus hijos en estado de desnutrición y, de consecuencia, es evidente que la medida a imponer también deba diferenciarse de una a otra familia. En una familia pobre puede tenerse la convicción, incluso la comprensión del derecho de alimentación de su hijo, pero no se tienen las condiciones materiales para hacerlo, por lo que resulta la violación de su derecho, aunque la madre quiera producir un resultado distinto, no es directamente ella el agente de la violación; mientras que posiblemente en una familia con recursos no exista la convicción, ni siquiera la comprensión del derecho ni aún de la importancia de la buena alimentación para sus hijos, o simplemente no le da la importancia a ello, privilegiando otras necesidades, quizás suntuosas. Evidentemente, la primera familia quiere, pero no puede, y la segunda puede, pero no entiende ni quiere.

Se trata entonces de hacer un verdadero ejercicio de vinculación entre las estrategias a adoptar en la medida de protección y la realidad que circunda a la familia y sus hijos, o al niño mismo y su realidad, en caso de inexistencia de aquélla. De esta manera, la medida y las estrategias que ordena deben ser tan eficientes como para asimilar esa realidad y dar respuestas específicas que resuelvan la circunstancia concreta, lo cual resulta muy bien, pero

88 Chomsky, NOAM. LA DESEDUCACION, título de uno de sus libros.

mejor aún es resolver la circunstancia y también las causas que la provocan.

A este ejercicio entre la realidad social, el niño y la medida de protección se debe adicionar sin dudas la articulación con las políticas de Supervivencia y Desarrollo a las que está obligado el Estado de conformidad con los artículos 15 y 30 de la LOPNNA⁸⁹, en concordancia con los artículos 6 y 27 de la CDN. Cuando la LOPNA remite como parte de las medidas de protección al artículo 124,⁹⁰ no quiere decir que estos sean los únicos programas o las únicas estrategias de protección, lo cual significa que ubicar la responsabilidad del Estado en materia de los derechos sociales, económicos y culturales, permitirá ubicar otras estrategias que pueden formar parte de las ordenes que el Consejo de Protección⁹¹ dicta en la medida. Esta máxima debe acompañarse al ejercicio de articulación de la medida con la realidad.

4.4 Centrar las responsabilidades de la atención y protección de los derechos de los niños y adolescentes

El análisis del comportamiento de la acción u omisión del Estado en cada situación particular que es del conocimiento de una Junta de Protección, sería efectivo para no particularizar la responsabilidad en cabeza exclusiva del niño, de su familia, o de ambos.

Analizada la realidad del niño o adolescente objeto de la medida, interpretados los nexos causales con la realidad detectada, se impone el apropiado estudio de las responsabilidades frente al hecho, acto u omisión violatorio del derecho humano. Si efectivamente en las diversas situaciones derivadas de las condiciones de exclusión social trascendemos las visiones singulares a las que nos hemos referido anteriormente y entendemos la dimensión que marca el objeto de la medida de protección al perseguir la restitución de los derechos, la respuesta no puede ocultar la responsabilidad del Estado en garantizar las condiciones necesarias para el desarrollo humano de los niños, niñas y sus familias. Resulta clarificador, por ejemplo, el artículo 30 de la LOPNNA venezolana, para el enfoque de las responsabilidades a establecer en una medida de protección que persiga la restitución del derecho a una vida digna, que es más que el sólo vivir físicamente. Esta disposición establece que:

Artículo 30. Derecho a un nivel de vida adecuado. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a un nivel de vida adecuado. Este derecho comprende, entre otros, el disfrute de:

- A) alimentación nutritiva y balanceada, en calidad y cantidad que satisfaga las normas de la dietética, la higiene y la salud.
- b) vestido apropiado al clima y que proteja la salud;
- c) vivienda digna, segura, higiénica y salubre, con acceso a los servicios públicos esenciales.

Parágrafo Primero: Los Padres, Representantes o Responsables tienen la obligación principal de garantizar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, el disfrute pleno y efectivo de este derecho. El Estado, a través de políticas públicas, debe asegurar

⁸⁹ Asimilables a lo dispuesto en los artículos 16 y 20 de la LEPINA

⁹⁰ Asimilable al artículo 120 de la LEPINA

⁹¹ Juntas Locales de Protección en la LEPINA

condiciones que permitan asegurar condiciones que permitan a los padres cumplir con esta responsabilidad, inclusive mediante asistencia material y programas de apoyo directo a los niños, adolescentes y sus familias.

Parágrafo Segundo: Las políticas del Estado dirigidas a crear las condiciones necesarias para lograr el disfrute del derecho a un nivel de vida adecuado, deben atender al contenido y límites del mismo, establecidos expresamente en esta disposición.

Parágrafo Tercero: Los niños y adolescentes que se encuentren disfrutando de este derecho no podrán ser privados de él, ilegal o arbitrariamente."

Interesa comentar especialmente la importancia de esta norma para la actividad que desarrollan los Consejeros o Junteros de Protección, que diariamente procesan casos donde las situaciones de pobreza indican claramente la ausencia y desconocimiento absoluto del derecho a un nivel de vida adecuado, y muchas veces la respuesta se orienta a la aplicación de medidas que cuando menos resultan ineficaces para solventar la situación de pobreza del niño y su familia, no sólo porque no existan programas adecuados, sino porque el ejercicio individualizador de la responsabilidad sigue orientándonos a respuestas de atención particular y personal, o institucionalizante, a un problema que no es ni individual, ni de atención a secas, sino de responsabilidad del Estado, como aparece de los particulares primero y segundo de la norma. Fíjese bien que esta disposición contiene la insistencia en los programas de asistencia material y de apoyo directo a los niños y sus familia, lo cual evidencia el carácter privilegiado de la atención de la situación en la propia familia, de acuerdo a sus posibilidades y medios, y no en otra familia que tenga mayores posibilidades o medios económicos, porque no se trata de ocultar la pobreza, sino deirla venciendo, es decir, no se trata de sustituir a la familia por sus carencias económicas o sociales que no permitan cumplir con este derecho, sino de cambiar estructuralmente la situación de esa familia restituyéndole el derecho al niño, niña o adolescente de desarrollarse plenamente y en condiciones de dignidad. Por ello también se desprende a todas luces de esta norma que el derecho del niño en determinadas condiciones de pobreza, es la de vivir y ser criado en su familia de origen (véase el artículo 30 de la LOPNNA)⁹², que impone un deber como garantía primaria del Estado, que se resume en una contraprestación u obligación de prestación frente al derecho, cual es la de proporcionar las condiciones necesarias para el disfrute del derecho a una vida digna de los niños y sus familias, lo que en un caso concreto que amerite una medida de protección de esta naturaleza, hace indiscutible la imposición del mandato de prestación a las instituciones asistenciales y/o programas sociales del Estado, y no, como se ha pretendido, a la sustitución de la familia o al abrigo del niño pobre. Por eso, interesa tener pendiente esta norma en todos aquellos casos, como los de los niños que se desenvuelven en la calle en estrategias de supervivencia, a fin de no seguir ocultando las serias responsabilidades de protección integral (familia/niños) que adeudan las políticas del Estado.

La medida de protección está destinada o es dictada en favor de niños individualmente considerados, a favor de la restitución o preservación de sus derechos, por lo que se puede obligar a la prestación de un servicio público determinado para que el derecho se vea restituido, servicios que no necesariamente estén enunciados en el artículo 124 de la LOPNNA, pero que resultan apropiados para el objeto de la medida de protección, por ejemplo, en un programa de carácter deportivo del instituto de deportes de un Estado⁹³, o en el instituto

⁹² Artículo 20 en la LEPINA

⁹³ Que corresponde a un Departamento en la división político Territorial de El Salvador.

nacional de cooperación educativa, en formación de oficios o artes, o una orden dirigida a una Casa de Cultura de un Estado o Municipio.

4.5 Idear el recorrido programático-social de la medida de protección

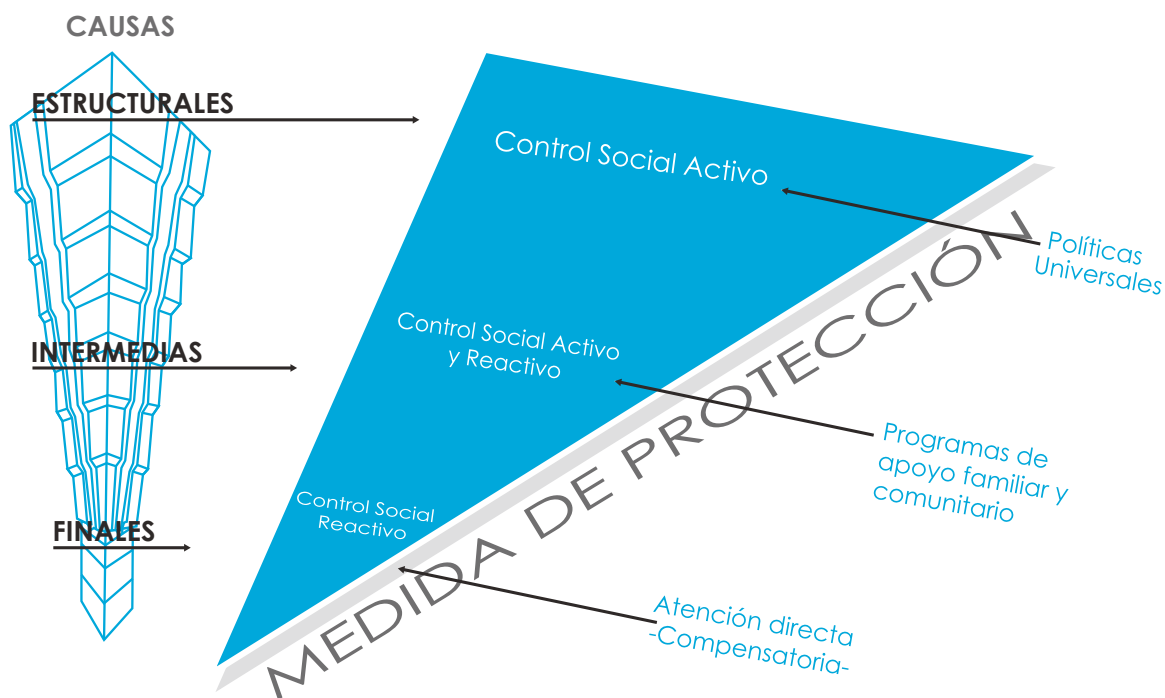
Idéntico recorrido al que hacemos para evaluar las causas en la violación de los derechos de los niños, se debe hacer para ordenar la medida de protección apropiada a cada caso. En otras palabras, así como la medida de protección debe ser capaz de actuar como agente compensatorio y asistencial de las carencias, debilidades o fallas evidentes en la persona del niño o niña a proteger como efecto dirigido a las causas finales, lo debe ser para atender las causas intermedias y estructurales. Por tanto, la medida de protección debe tener la capacidad de atacar suficientemente y de manera efectiva las contradicciones sociales que dan origen a la violación del derecho. Para ello, la orden que emana de la medida de protección, si realmente pretende restituir el derecho humano violado o amenazado y especialmente en las causas de exclusión social, debe dirigirse a la aplicación de políticas universales de derechos como única forma de alterar sustancialmente por vía de compensación, asistencia y tener la capacidad de transformar trascendente y positivamente la realidad social adversa en la que se desenvuelve el niño y su familia.

La problemática o el conflicto social que constituye la violación a amenaza de un derecho humano a un niño o a un grupo de niños individualmente considerados parte de un recorrido causal que ya hemos visto detalladamente en donde se observan fácilmente una secuencia de eventos u omisiones sociales, una secuencia de situaciones en la familia o grupos sociales, en las relaciones desiguales en que se desenvuelve la sociedad, y en el niño mismo. Este recorrido de la negación de los derechos que podemos denominar el recorrido secuencial del conflicto social, es necesario recorrerlo en vía contraria a la hora de la aplicación de la medida de protección, es decir, que la medida debe tener la capacidad de impactar positivamente todas y cada una de aquellas contradicciones presentes en la familia, en las relaciones sociales y en el niño, que fueron impactadas negativamente por el recorrido secuencial del conflicto social.

La medida tiene así el objeto de vencer los obstáculos que impiden el desarrollo integral del sujeto, actuando tanto en la familia y el niño como medio de control reactivo para la superación de la realidad presente en ellos, quizás la más visible, pero también impactando en los servicios y políticas sustanciales de derechos como medio de control social activo de superación causal del conflicto social que ha generado la violación o amenaza del derecho de que se trate.

La capacidad de alteración de la realidad social que hemos anunciado, se puede representar esquemáticamente de la siguiente manera:

Recorrido de la Medida de Protección respecto de las causas en la violación de los derechos



Particularmente en las situaciones derivadas de las condiciones de pobreza o de alguna forma de exclusión social, tales como la descolarización, el trabajo infantil, la malnutrición o desnutrición, la explotación económica, la falta de vivienda adecuada o de condiciones de salubridad e higiene apropiadas para el niño o niña; la restitución del derecho violentado sólo será real cuando la medida de protección está dirigida a los tres niveles de atención, esto es, a la atención directa de tipo asistencial o compensatoria para salvaguardar inmediatamente la vida o la salud del niño, a la acción en las condiciones de la familia como agente inmediato de producción de la situación determinada y a la inserción del niño y de su familia, según el caso, en las estrategias combinadas de los diversos sectores de la política pública que se haga necesario para adelantar la restitución verdadera del derecho de que se trate. En estos y en otros casos similares, la medida de protección se comporta no como un ejercicio mecánico de aplicación exegética de la norma legal. Si bien ésta ordena aplicar una medida de protección cuando un niño o adolescente o un grupo de éstos individualmente considerados se encuentra amenazado o violado en alguno de sus derechos o garantías, también es cierto que el objeto ontológico es resolver sustancialmente el conflicto que da lugar a la violación del derecho. Para este fin, el análisis causal social es imprescindible porque permitirá vislumbrar una atención/protección integral que comprometa la aplicación de un programa dirigido a la atención del niño o adolescente de manera directa e inmediata como la integración de éste y su familia, si fuere el caso, a las políticas universales de derechos de las que seguramente se encuentran excluidos, y constituyen la verdadera razón de la violación o amenaza a sus derechos humanos. Por ejemplo, una medida en materia de niños de la calle o en estrategia de supervivencia en la calle no se bastaría con ordenar la aplicación de un programa de atención final, esto es, un programa directo al niño mismo, sino que debe

concebir estrategias de actuación en las causas intermedias (procurar la familia, si la hubiere, sensibilizar a la comunidad e incorporarla, responsabilizar a la Escuela), y adicionalmente insertar las acciones de política social en su sentido más amplio para que ésta de respuestas a la obligación de prestación de servicios y satisfacción real de oportunidades frente a la condición de exclusión o marginalidad social en que se desenvuelve la vida cotidiana del niño, de su familia y de la propia comunidad.

Como se desprende de lo analizado, la ejecución es tan variada como los es la orden misma y la situación de que se trate, aplicables al niño y su familia, en forma conjunta o separada, según sea el caso, aunque inclusive pudieran ser otros programas no enunciados en la norma, por cuanto los mencionados allí lo son a título de orientación y, por tanto, no restrictivos de la decisión del Consejo o Junta de Protección en una determinada situación en la que ninguna de las estrategias de los programas sea lo suficientemente adecuada para restituir el derecho violado o amenazado...”

11. Protección Especial. Complejidad práctica de la Taxatividad o restricción. Análisis, comentarios

La Protección Especial, ya se habrá observado, resulta compleja tanto por la variedad de situaciones que impongan proteger de manera particular a un niño o niña, o adolescente individualmente considerado, cuanto por la distribución de competencias, funciones y responsabilidades en la restitución de los derechos amenazados o vulnerados.

Por ello, los dos Capítulos que componen la protección especial en la LEPINA, esto es el I sobre la Integridad personal y Libertad, y el II sobre las personas adolescentes trabajadoras, aunque logran un amplio alcance y bagaje de situaciones que ameritan la protección especial, determinándose siempre en cada norma por lo general, las formas, mecanismos y consecuencias o efectos de la violación de derechos, además de las responsabilidades y acciones para reponer las situaciones jurídicas o sociales infringidas a NNA; no deben nunca tenerse como la totalidad de situaciones que suponen las actuaciones legales o administrativas para la protección debida de aquellos NNA que resulten ser víctimas de vulneración o amenaza a sus derechos.

Ciertamente, la LEPINA a diferencia de algunas otras legislaciones no definió en el capítulo de protección especial, que todo niño, niña o adolescente que se encuentre vulnerado en sus derechos será objeto de protección del Estado, sino que empleo una técnica taxativa que fue enunciando, norma a norma, cada una de las situaciones que ameritan la protección especial. No obstante, ningún operario de la ley, administrativo o judicial, puede por tal razón deducir que las situaciones de los Capítulos I y II del Título II del Libro Primero de la LEPINA son las únicas hipótesis en que los niños, niñas y adolescentes se encuentren en condición de ser protegidos de forma especial.

La protección especial será tan necesaria cuanto variadas o múltiples situaciones de hecho u omisiones puedan ocurrir que afecten, vulneren, menoscaben o violen los derechos humanos de un niño, niña o adolescente. Si la LEPINA no lo dejó así expresamente determinado en estos dos capítulos comentados, ciertamente la definición de las medidas de protección como “...órdenes de obligatorio cumplimiento que impone la autoridad competente en favor de las niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, cuando hay amenaza o violación de sus derechos o intereses legítimos...” determinando que “...La amenaza o violación ... puede provenir de la acción u omisión del Estado, por medio de sus instituciones,

funcionarios y empleados, la sociedad, su madre, padre, representante y responsable o del propio niño, niña o adolescente..." (Artículo 119); no deja lugar a incertidumbres sobre la pluralidad de situaciones que, fuera de los casos comprendidos en el Título de Derechos de Protección, puedan consistir en amenaza o vulneración sujetas a la protección especial, bien de competencia administrativa o judicial.

Hipótesis variadas de casos pueden ocurrir en la cotidianidad de niñas, niños o adolescentes, pero indiquemos al menos la situación de mendicidad o de niñas o niños en estrategias de supervivencia en la calle, que en el más amplio sentido no son circunstancias expresamente determinadas en el Título de Derecho a la Protección sino que en la generalidad podría decirse que está relacionado con la integridad personal, pero en su especificidad no es una clara hipótesis o tipo legalmente estatuido en el mencionado Título de la LEPINA; no obstante esta circunstancia que podría determinar la ausencia o exclusión escolar, o la carencia de una familia, o ambos factores a su vez, serían objeto de una medida de protección, como lo determina el artículo 119 mencionado, y según el caso con la subsiguiente determinación de alguna o varias de las medidas de protección instituidas en el artículo 120.

De tal forma que la aparente taxatividad, o lo que otros podrían denominar como "vacío legal" respecto a la protección especial, no es tal. No se podría pretender que la LEPINA abarcara casuísticamente cada una de las situaciones de protección especial, por razones de técnica y de sustancia legislativa, cuanto por razones de imposibilidad, ya que también es cierto que nunca se podrían precisar en forma exhaustiva e integra todas y cada una de las situaciones a la que NNA pueden ser sometidos en la violación de sus derechos, máxime cuando aquellos que el maestro Edson Seda Moraes⁹⁴ llama "...los arrogantes, los arbitrarios detentores de la autoridad que, con persistencia, yerguen el incierto mundo en que vivimos..." , encuentran la debilidad de los sistemas de protección de derechos humanos, creando y demostrando nuevas formas de abusos, omisiones y actos que constituyen serios atentados a los derechos de NNA.

No hay entonces posibilidad de negar la protección especial, ni ninguna autoridad de las encomendadas por la LEPINA debe hacerlo, bajo el pretexto de que esa "situación" no es un tipo legal, pues el análisis del conjunto de normas, competencias y funciones que se acuerdan a Juntas de Protección y Tribunales de Niñez y Adolescencia, tienen la suficiente amplitud para que se considere que las menciones de protección especial del Título II del Libro Primero, son siempre enunciativas y no taxativas.

94 LA PROTECCION INTEGRAL, Ob cit, p. 3

Capítulo VII

DERECHOS AL DESARROLLO

-Personalidad, Identidad, Educación, Cultura,
Descanso y Recreación-

I. Introducción

El presente Capítulo despliega los comentarios y análisis del Título III, Capítulos I y II de la LEPINA, que con el nombre de "Derecho al Desarrollo", se encarga de normar, entre otros, lo relativo a los Derechos a la personalidad, identidad, educación, cultura, recreación, deportes y juegos de las niñas, niños y adolescentes, así como en muchos de ellos las obligaciones de protección y los mecanismos para su efectividad.

De esta manera y siempre considerando la interdependencia de los derechos humanos, como uno de los caracteres de interpretación obligada en la materia, los Derechos al Desarrollo de NNA, si bien tienen inmediata relación normativa, de aplicación e interpretación con el grupo de Derechos a la participación que se norman en los Títulos subsiguientes, debemos siempre discurrir la importancia que reviste su particular vinculación con los derechos de supervivencia que se encuentran contemplados en el Título I de la LEPINA.

Existe una clara interrelación entre el Desarrollo y la Participación, sólo como mero ejemplo, en el Derecho a la Educación y a la Cultura que expresamente los relaciona en el artículo 81 cuando expresa que "...Atendiendo a sus facultades y su vocación, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar en la vida cultural y artística del país..." o en el artículo 86 acerca de las responsabilidades del Estado en materia de Educación, en su literal "d" determinando que debe "...Fomentar la expresión artística y cultural" de las NNA. Existe también una evidente interrelación entre Desarrollo y Supervivencia, por ejemplo entre todos los derechos de crianza, cuidado y pertenencia a la familia, establecidos en el Título III y los Derechos de Supervivencia, que establecen obligaciones al Estado, a los padres y madres para asegurar el derecho a la salud, porque obviamente criar no es sólo tener a NNA bajo su guarda, sino garantizar la vida digna, en la forma como hemos analizado en su debida oportunidad.

En los Derechos al Desarrollo se conjugan los referentes sociales, educativos, culturales, y atributos personales que constituyen aspectos básicos para el desenvolvimiento progresivo de NNA en la familia y en la sociedad, que aunados al resto de áreas o grupos de derechos de Supervivencia y Participación aseguran su evolución progresiva a niveles de calidad de vida, desde las primeras etapas del desarrollo infantil. Personalidad, Identidad, Educación, Cultura, Recreación sana, Juegos, Deportes, entre otros, atendiendo a los diferentes estadios y edades de NNA, deben ser ámbitos de la cotidianidad garantista de los órganos del Estado y práctica familiar y comunitaria para potenciar el desarrollo integral de NNA. Por ejemplo, la educación inicial, la que comprende desde los 0 hasta los 6 años de edad, en el marco de los derechos de desarrollo está retada a dejar atrás la práctica de cuidados, asistencia y compensaciones por necesidad de los padres (de trabajo, u otras ocupaciones), para ocupar el rol de ser un espacio de garantía, promoción, servicios y defensa de derechos, integrando las responsabilidades del Sistema Educativo Nacional en el enfoque de educación como derecho, reforzando para ello pautas de crianza en la familia y también en los espacios

educativos, cónsonas con la dignidad humana de NNA. De igual forma debe pensarse en los servicios de Registro Hospitalario de Nacimientos, Registro Civil o del Estado familiar, espacios recreativos, etc.

Por supuesto que se especulará inmediatamente en que ello funciona para todo el contexto transformador de la LEPINA, que impone serias y profundos cambios institucionales, sociales, educativos y culturales para la garantía de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, lo cual es absolutamente cierto. Sin embargo, aunque tales elementos los hemos explanado con suficiente amplitud en el capítulo II de esta obra cuando abordamos las providencias derivadas de la CDN, hemos querido volver sobre ello y destacar esta importante y cualitativa responsabilidad en los derechos de desarrollo, interrelacionados con el resto de las áreas de derechos, por cuanto en ellos se formulan de manera más precisa los atributos a los que hemos hecho referencia, y por ende, resulta pedagógicamente otra vez necesario y prudente insistir en el enfoque de los aspectos indicados.

En otro orden de ideas, aunque sólo sea una referencia acerca de la ubicación normativa y de la estructura de esta Título respecto al subsiguiente sobre Derechos de Participación, la LEPINA no consideró que el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, formen parte de los Derechos de Desarrollo, y por tal razón lo consagró en el Título IV, particularmente en el artículo 98. Este autor considera que, subsumido como está en la individualidad, el pensamiento y la conciencia, son parte indisoluble de la personalidad e identidad cultural y social.

1. Estructura del TÍTULO III

Como hemos dicho, el Título III, denominado “Derecho al Desarrollo”, está compuesto por dos Capítulos, de la siguiente forma:

Capítulo I De la personalidad

- Artículo 72.-** Derecho al libre desarrollo de la personalidad
- Artículo 73.-** Derecho a la identidad
- Artículo 74.-** Derecho a la identificación
- Artículo 75.-** Registro en las instituciones de salud
- Artículo 76.-** Inscripción del recién nacido
- Artículo 77.-** Normas para la identificación
- Artículo 78.-** Derecho a conocer a su madre y padre y ser criados por ellos
- Artículo 79.-** Derecho a mantener relaciones personales con su madre y padre
- Artículo 80.-** Derecho a ser criado en familia

Capítulo II

Educación y Cultura

- Artículo 81.-** Derecho a la educación y cultura
Artículo 82.- Derecho a la educación gratuita y obligatoria
Artículo 83.- Acceso a la educación y cultura
Artículo 84.- Discapacidad y educación
Artículo 85.- Educación privada
Artículo 86.- Responsabilidad del Estado en materia de educación
Artículo 87.- Responsabilidad de las madres, padres, representantes o responsables en materia de educación
Artículo 88.- Responsabilidad de los centros educativos públicos y privados
Artículo 89.- Disciplina escolar
Artículo 90.- Derecho al descanso, recreación, esparcimiento, de porte y juego
Artículo 91.- Espacios e instalaciones para el descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego

De acuerdo con la Estructura asumida por el Título III de la LEPINA, nos permite metodológicamente distinguir dos grandes bloques de Derechos de Desarrollo: 1) Los que están asociados con “La Personalidad”, y 2) Los que están asociados con la “Educación y Cultura”. Al margen de que, por ejemplo en el segundo bloque se consagran otros derechos como el Descanso, el Juego, la Recreación y el Deporte, se entiende que ellos están vinculados de forma intrínseca a la educación en su acepción más integral y amplia. Siguiendo la estructura normativa de este Título, de igual manera subdividiremos nuestros comentarios y análisis.

II, Capítulo I: De la Personalidad

Título III

Derecho al Desarrollo

Capítulo I

De la Personalidad

Artículo 72.- Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho al libre y pleno desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

Inicia este Capítulo con el derecho de todos y cada uno de los niños, niñas y adolescentes a una libertad individual, que resulta concomitante a cada persona en particular, distinguiéndose a cada quien por los atributos que le son propios y a su vez, valga redundar, únicos e irrepetibles en relación a los demás seres humanos.

Como quiera que el Capítulo I lleva por nombre “De la Personalidad”, encabezando con este artículo 72, se comprende sin lugar a confusiones que el pensamiento y propósito legislativo es el de entender que los restantes derechos, cualidades y atributos que se describen en las subsiguientes normas hasta el artículo 80, son integrantes de la personalidad de las NNA, y aún más, son derechos que conjugan el quantum et qualitas garantista de la personalidad como derecho.

De allí que el artículo 72 expresa en pocas palabras, (exactamente como lo hace la legislación venezolana⁹⁵), un derecho consustanciado con el reconocimiento universal de NNA como sujetos plenos de derechos, por cuanto la personalidad, la libertad de desenvolvimiento individual, familiar y social, el sentido propio y la conciencia de individualidad que se forma progresivamente, está identificado sin duda con la condición de sujetos de derechos de cada persona y a la exigibilidad de los mismos.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 6 establece que **“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.”**, mientras que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 17 estatuye similar disposición. Aunque al tratar el tema doctrinario y los análisis normativos del derecho a la Identidad volveremos sobre estas normas de Derechos Internacional de los Derechos Humanos, desde ya, respecto a este principalísimo artículo 72 del Título III, debemos indicar que tienen su fundamento en tales disposiciones, y aún más en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño que proclama y reconoce en relación al libre y pleno desenvolvimiento de la personalidad, la preparación para una vida independiente en sociedad y que el niño **“... para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión...”**

También la personalidad, y el derecho a su formación libre y plena, está consustanciado con el principio de igualdad y no discriminación, puesto que aquellos atributos que nos distinguen, que nos hacen diversos aún con una misma naturaleza, que nos hacen individuales, no son elementos (ni deben serlo), para un trato diferencial, por ninguna razón, condición o motivo. De esa forma, la personalidad que se consustancia con la nacionalidad, las creencias, el pensamiento, las aptitudes y actitudes, el sexo, la proveniencia familiar, la condición jurídica de padres y madres (solteros, viudos, casados, convivientes), procedencia étnica o social, nos distinguen, es decir nos hacen diversos, pero no nos hacen más o menos seres humanos, ni con más o menos derechos unos respecto a los o las otras. Por ello, en la diversidad debemos ser iguales en derechos.

95 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes –LOPNNA-: Artículo 28. Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad: “Todos los Niños, Niñas y Adolescentes tienen derecho al libre y pleno desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las establecidas en la ley.” Como se nota, la norma de este país es idéntica a la que establece la LEPINA.

Bajo la égida del artículo 72 que reconoce el derecho a la libre y plena personalidad de NNA se desarrollan pues el resto del articulado de este capítulo I del Título III, y constituye así la guía de interpretación de los mismos, junto a los principios generales del derecho internacional de los derechos humanos, y los principios particulares de los derechos de la niñez y adolescencia para la aplicación en cada caso concreto de aquellas situaciones en que se vean amenazados, vulnerados o menoscabados los derechos que configuran este atributo personal, tales como el nombre, las relaciones paterno y materno filiales, la nacionalidad, las prácticas culturales y artísticas de NNA, entre otros.

No quepa duda entonces que, a los efectos de la LEPINA, y en la mejor adecuación a la doctrina internacional, el Derecho a la identidad con todos los elementos que la componen, como analizaremos detalladamente en esta misma obra; esto es, El derecho al nombre, a la nacionalidad, al registro civil, a la crianza y cuidados en la familia, así como a la preservación de estos elementos, y a su restitución cuando ello sea necesario, son todos derechos concomitantes a la personalidad, entendida ésta también como un derecho humano. Así, es seguro afirmar que la Identidad y sus elementos constituyen atributos de la personalidad de las NNA:



Entendido así, abordaremos el análisis conjunto de todos estos elementos, a partir del artículo 73, hasta el artículo 80 del presente Título III, de la siguiente forma:

Derecho al Desarrollo - De la Personalidad -

Artículo 73.- Derecho a la identidad

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente al nombre, la nacionalidad, a su relación paterna y materna filiales y a la obtención de documentos públicos de identidad de conformidad con la Ley.

En ningún caso serán relacionados en los asientos del Registro del Estado Familiar o en los documentos que éstos expidan, situaciones que indiquen el origen de la filiación. Es obligación del Estado crear programas para que las instituciones públicas competentes garanticen la identidad de toda niña, niño y adolescente.

Artículo 74.- Derecho a la identificación

El nacimiento de una persona debe ser inscrito de forma inmediata y gratuita en el Registro del Estado Familiar. Es obligación del Estado garantizar que las personas recién nacidas sean identificadas oportunamente.

El Estado garantizará el derecho a la identificación mediante el servicio del Registro del Estado Familiar con procedimientos ágiles y sencillos para la inscripción de los nacimientos, los cuales deberán fundamentarse en las disposiciones de los siguientes artículos. Asimismo, adoptará medidas específicas para facilitar la inscripción de las niñas, niños y adolescentes que no lo hayan sido oportunamente.

Artículo 75.- Registro en las instituciones de salud

La dirección o administración de las instituciones hospitalarias, sean públicas o privadas, deben llevar un registro de los nacimientos que se produzcan en los mismos por medio de fichas médicas individuales, en las cuales se incluya la siguiente información:

- a) Datos médicos relacionados con el nacimiento;
- b) Identificación del recién nacido, nombre y apellidos, conforme las indicaciones proporcionadas por la madre, padre, representante o responsable;
- c) Registro de la impresión plantar de la persona recién nacida;
- d) Datos de identificación de la madre, con su firma y huellas dactilares;
- e) Datos de identificación del padre, con su firma y huellas dactilares, cuando estuviere presente; y,
- f) Fecha y hora del nacimiento, sin perjuicio de otros métodos de identificación.

La información relativa a la filiación paterna y materna versará exclusivamente sobre la declaración y reconocimiento voluntario formulada por ellos.

Artículo 76.- Inscripción del recién nacido

Las instituciones a que se refiere el artículo anterior remitirán directamente al Registro del Estado Familiar del respectivo municipio una constancia del registro y ficha médica de nacimiento, a más tardar en el plazo de noventa días, con la cual se realizará el asiento respectivo. Además, librarán mensualmente al Registro del Estado Familiar un informe consolidado de todos los nacimientos producidos en dicha institución hospitalaria.

Los médicos y parteras que hubiesen asistido en un parto fuera de una institución hos

talaria noventa días al puesto de salud pública de su localidad, quien a su vez, informará al Registro del Estado Familiar correspondiente conforme lo dispuesto en el inciso anterior.

Artículo 77.- Normas para la identificación

La inscripción del nacimiento de una persona se realizará con la sola presentación al Registro del Estado Familiar del municipio donde hubiese ocurrido, de la constancia extendida por la institución hospitalaria o puesto de salud pública, según fuera el caso.

Cuando la persona hubiese nacido sin la asistencia de un médico o partera, la madre o padre están obligados a inscribirlo en el Registro del Estado Familiar del municipio donde ocurrió el nacimiento o del domicilio de éstos; a falta de ambos, tendrán la misma obligación los parientes más próximos del recién nacido, en todo caso con la comparecencia de dos testigos.

La inscripción deberá efectuarse dentro de los noventa días hábiles siguientes al parto. En cualquier caso, el Registro del Estado Familiar proveerá gratuitamente la primera certificación de la Partida de Nacimiento.

En caso de error material manifiesto del nombre del recién nacido, la madre, padre o representante legal podrán solicitar la rectificación o subsanación conforme lo establece la Ley del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio.

Artículo 78.- Derecho a conocer a su madre y padre y ser criados por ellos

Todas las niñas, niños y adolescentes, sin importar el origen de su filiación, tienen derecho a conocer a su madre y a su padre y ser criados por ellos, salvo en este último caso cuando sea contrario a su interés superior.

Artículo 79.- Derecho a mantener relaciones personales con su madre y padre

Las niñas, niños y adolescentes, tienen el derecho a mantener con su madre y padre las relaciones afectivas y el trato personal que favorezca el normal desarrollo de su personalidad, aun cuando estos estén separados, salvo cuando ello sea contrario a su interés superior.

El Estado debe procurar el reencuentro de las niñas, niños y adolescentes desaparecidos por cualquier circunstancia con sus familias, y restituir elementos de su identidad.

Artículo 80.- Derecho a ser criado en familia

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en su familia de origen nuclear o ampliada.

Excepcionalmente, cuando sea imposible o contrario a su interés superior, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en una familia sustituta, de conformidad con la Ley.

Las niñas, niños y adolescentes sólo podrán ser separados de su familia de origen en los casos en que sea estrictamente necesario para preservar su interés superior, de conformidad con los requisitos y procedimientos previstos en la Ley.

Todo este articulado, como hemos dejado establecido, es concomitante al derecho a la personalidad de NNA, y constituyen el desarrollo legislativo que El Salvador ha adecuado desde la Convención sobre los Derechos del Niño, y en particular de sus artículos 7, 8, 9 y 18.

Además, debe considerarse que en el vigésimo séptimo período extraordinario de sesiones de la ONU, celebrado el 10 de mayo de 2002, la Asamblea General aprobó el Plan de Acción de los objetivos de Desarrollo del Milenio, que denominó “Un mundo apropiado para los Niños”⁹⁶, en donde entre los aspectos que resaltan como compromisos de las Naciones para lograr la satisfacción de los derechos humanos de la niñez y adolescencia se encuentra el de establecer sistemas que garanticen el registro de todos los niños al nacer, o poco después de ello, así como el ejercicio de su derecho a tener nombre y nacionalidad.

Por su parte, la Constitución de la República establece en su artículo 36 que “... Toda persona tiene derecho a tener un nombre que la identifique. La ley secundaria regulará esta materia...” y en su artículo 90 consagra que “Son salvadoreños por nacimiento: 1° Los nacidos en el territorio del El Salvador; 2° Los hijos de padre o madre salvadoreños, nacidos en el extranjero; 3° Los originarios de los demás Estados que constituyeron la República Federal de Centro América, que teniendo domicilio en El Salvador, manifiesten ante las autoridades competentes su voluntad de ser salvadoreños, sin que se requiera la renuncia de su nacionalidad de origen...”

Esta normativa constitucional es desarrollada, en principio, en la Ley del Registro del Estado Familiar que tiene como objeto “... **establecer un régimen para registrar, conservar y facilitar la localización y consulta de la información sobre hechos y actos jurídicos constitutivos, modificativos o extintivos del estado familiar de las personas naturales, así como sobre los regímenes patrimoniales del matrimonio y sobre los demás hechos o actos jurídicos que legalmente se determinen...**” (Artículo 1), desarrollando la organización, estructura y funcionamiento del Registro Civil, incluyendo todos los actos registrales (asientos) y partidas (denominadas de esa forma para los casos de Registros del Estado Familiar), así como las modificaciones, sustituciones, rectificaciones y subsanaciones a que hubiere lugar. (Artículos 17, 19, 20 y 21).

III. Consideraciones doctrinarias socio jurídicas sobre la Identidad. Concepto, Naturaleza y Alcance, Identificación. Registro Civil y Registro Hospitalario

Hemos afirmado que el derecho a la Identidad está compuesto por un grupo de elementos, tal como lo determina la LEPINA en su artículo 73. Delimitar estos elementos, o al menos los que le son destacados y de máximo interés en la garantía plena del derecho a la identidad, resulta

⁹⁶ UNICEF. Un Mundo apropiado para los Niños, pag 45

una tarea útil para las y los operadores administrativos y judiciales de la Ley, como también en el diseño de las políticas institucionales y públicas que permitan avanzar sistemática y continuamente en la satisfacción plena y universal de este derecho a todas y todos los niños y adolescentes. Para ello, es menester abordar consideraciones doctrinarias sobre la identidad que determinando su concepto y naturaleza permitan la interpretación y aplicación en la práctica forense judicial y administrativa del articulado que estamos analizando.

Para tal misión y siempre entendiendo que el articulado de la LEPINA en referencia comprende el derecho a la Identidad, como parte integral de la personalidad de las NNA; creemos necesario para su amplia comprensión doctrinaria, compartir parte del texto del autor de esta obra publicado en Venezuela⁹⁷, que ha servido además como fundamento para el estudio del derecho a la Identidad en países de la Región de ALC, así como para la instauración de avanzados servicios de registro Civil de Niños, Niñas y Adolescentes en el marco de este como un derecho humano fundamental:

Introducción

Así como hay enfermedades que causan daños irreversibles al ser humano, y especialmente a los niños y niñas; así como la desnutrición en determinados edades de éstos, se convierte en un enemigo letal para el resto del desarrollo integral de la vida; hoy estamos convencidos de que la violación del derecho al nombre y a la nacionalidad es efectivamente un mal que genera consecuencias sociales que son irreversibles para todos los niños y niñas, y que pagarán muy caro en cuanto a los derechos humanos, especialmente en términos de los derechos a la supervivencia y al desarrollo, pero que al mismo tiempo resulta social y políticamente oneroso para los países que por una u otra razón no respetan, incumplen o vulneran este derecho.

En muchos países del mundo, y con marcado énfasis en América Latina, existe muy poca y otras veces ninguna conciencia acerca de este perjuicio cuando se viola el derecho de los niños y niñas al nombre y a la nacionalidad. Si bien, ésta situación hace algunos años no ocupaba un lugar preponderante en medio de los grandes problemas y violaciones de derechos; es porque no se había entendido la relación concomitante y perversa que está presente cada vez que a un niño se le niega su inscripción en el Registro Civil de Nacimientos, cuando esta inscripción se hace de manera tan tardía, que ya ha causado consecuencias lamentablemente irreversibles para los derechos de los niños, o cuando aún inscrito el niño, se desconoce su filiación o se atenta contra algunos de los elementos que comprende la identidad civil. El aparentemente simple hecho de carecer de identidad trae consigo dificultades y violaciones gigantescas en muchos derechos de los niños.

Al negarse el derecho al nombre no existe la base de sustentación para ser sujeto de derechos, es decir, el niño o la niña no tiene personalidad jurídica y al carecer de ella mal se le puede tener como un ser humano que puede acceder a todos los demás derechos, porque no existe para los mecanismos de derechos, en el caso de que esos mecanismos existan y funcionen.

Por lo general, sin la documentación legal del nacimiento que acredite su nombre y su nacionalidad, el niño o la niña no disfruta de servicios básicos, no ingresa al sistema educativo (o si lo hace en forma ilegal no le son acreditados sus estudios), no obtiene ni participa de los sistemas de seguridad social, no goza de ningún status familiar ni de servicios de salud o por lo menos, tiene serias dificultades para acceder a estos servicios. En síntesis, la ausencia del

97 Buaziz, Yuri. DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD DE NIÑOS Y ADOLESCENTES,

derecho a la identidad da por negado prácticamente todos los derechos humanos de los niños, lo cual tiende a reproducir una cadena de violaciones de elementales derechos que no tiene fin, porque de perpetuarse continuarán de generación en generación, como en el caso de Venezuela, en donde se han detectado hasta cuatro (4) descendencias biológicas completas sin inscripción en el registro de nacimientos.

¿Cómo se puede tener derecho a tener derechos sin tener la identidad para tenerlos, sin un nombre para accederlos en el marco del Estado social de derechos? En muchos países, entre ellos Venezuela, resulta más fácil, más rápido y seguramente en otros países, más económico, registrar y de consecuencia hacer que tenga personalidad jurídica una Sociedad o Empresa Mercantil que un Niño. De manera que las sociedades mercantiles obtienen con mayor facilidad su personalidad jurídica y, por ende, son sujetos de la relación de derecho con más facilidad que un Niño.

Para el niño o la niña que carece de identidad resulta altamente costoso el precio que paga en materia de sus derechos fundamentales, en lo social, en lo cultural, en lo civil y en lo económico. Efectivamente, en el orden de los derechos "individuales" resulta nada menos que imposible imaginarse a las personas haciendo vida civil, en cualquiera de sus manifestaciones, con una carencia elemental que es el nombre para representarse como persona humana, es decir, sin status legal y social que le vincule, le obligue y le haga acreedor de derechos tales como los grupos de derechos a la participación (por ejemplo, asociarse lícitamente), o al desarrollo (por ejemplo, contraer matrimonio); es decir, que los niños y niñas, o los adolescentes sin identidad, efectivamente, pagan un alto costo por carecer de este derecho, que después de la vida misma es el más importante para acceder al resto de los derechos para la propia supervivencia y para la participación plural dentro de las sociedades verdaderamente democráticas. Así, ellos se ven compelidos a pasar por los grandes ausentes y excluidos, tanto en su condición de actores, como la de receptores de la participación ciudadana.

Si estos son algunos de los grandes costos que deben pagar los niños por carecer de un nombre y de una nacionalidad, el costo para el Estado no es menos oneroso. El hecho de no registrar a sus niños trae consigo importantes consecuencias para cualquier Nación. Tan sólo para anotar algunas de estas consecuencias podríamos destacar que no conoce a su población, dificulta o anula los efectos de la programación y planificación, afecta las estadísticas vitales y poblacionales, favorece el tráfico de niños, lo cual abre también las puertas a la violación de uno más de sus derechos.

Para tratar de acercarnos a esta realidad, con la intención de presentar también aproximaciones que den respuesta a la misma es necesario develar el concepto del derecho a la Identidad Civil de los niños, niñas y adolescentes, asumiendo en primer lugar su diferenciación de la

identidad en general, y de otras especies de identidad como la cultural, étnica o nacional (aunque la identidad civil esté vinculada a éstas, o es más bien propósito para su desarrollo), y en segundo lugar, diferenciar claramente la identidad civil como derecho humano, del Registro Familiar que constituye la prestación de uno de los servicios o mecanismos para su cumplimiento y por ende exigible como derecho. Mientras la identidad civil constituye una condición subjetiva de derecho para todas las personas (como lo es el derecho a la vida, a la salud, a la educación o a la alimentación adecuada), el Registro Familiar de nacimientos es una institución de derecho público, a través de la cual se da su cumplimiento. En ese sentido, usualmente se asimila el concepto de derecho a la identidad civil con el mecanismo institucional para su cumplimiento o verificación, lo que a mi manera de ver, constituye un error. En definitiva, el Registro Familiar es una forma de materializar el derecho al nombre y a la nacionalidad como parte integrante de la identidad y ésta última comprende aún más, es decir, la Identidad está constituida por otros elementos fácticos y de derecho, como veremos detalladamente.

1. Definición y alcance del Derecho a la Identidad Civil

Definimos la Identidad como **El derecho de todos los niños y niñas inmediatamente después de su nacimiento a tener y ser reconocidos social, legal y familiarmente con un nombre, a adquirir una nacionalidad, a tener una familia, a ser criado y cuidado por ella, y a preservar estas condiciones.**

Esta definición que consideramos integral y amplia del Derecho a la Identidad, reúne todos sus elementos constitutivos: Nombre, Nacionalidad y Familia, al tiempo que establece la garantía de preservación de cada uno de ellos. Es un concepto general, coherente con las normas del derecho internacional de los derechos humanos.

De la definición aportada se desprenden claramente tres elementos: 1) Identidad Personal o individual, 2) Identidad Sociofamiliar, y 3) Identidad Nacional o Nacionalidad.

1. **La identidad Individual o Personal:** Consiste en el derecho a conocerse y a ser conocido por un nombre, y a representarse como sujeto de derechos con ese nombre y no con otro distinto. El nombre está indisolublemente unido a la afirmación personal del niño, a su propia individualidad en todos y cada uno de los actos de la vida. Constituye, además de la representación personal, un dato esencial para los efectos jurídicos y para el acceso a los derechos, o para su demanda con efectos ante todas las demás personas naturales o jurídicas. Por el nombre entendemos no sólo el de la pertenencia e identidad personal (conocido como nombre de pila), sino también el apellido o apellidos que le unen a una familia determinada. La identidad personal está así asimilada a consecuencias jurídicas también personales, en lo familiar, en lo patrimonial, en lo institucional, es decir, en el desarrollo del niño o niña.
2. **La Identidad Socio-familiar:** Se relaciona con varios aspectos referidos al desarrollo del sentido de pertenencia familiar y social, entre los que destacan principalmente: La interrelación del nombre con los lazos familiares, que a su vez genera derechos importantes para, en y dentro de la familia; tales como la filiación misma, el cuidado y alimentación, la educación y formación, entre otros. También por la identidad familiar es posible el acceso del niño a su historia en el grupo de familia del que es parte.

La pertenencia socio familiar se vincula igualmente con la exigibilidad de derechos

en una especie de triángulo interrelacionado, por razón de la exigencia de derechos y cumplimiento de responsabilidades en el seno de la familia, y de ésta respecto de la sociedad. Es decir que se afirman también valores individuales que se erigen como factores en la formación de la personalidad de los niños y a su vez, permiten la relación intrafamiliar y las relaciones de una familia determinada con su comunidad

Así, al pertenecer a una familia, el niño o niña se vincula mutuamente a través del nombre, pertenece y se relaciona en y dentro de la sociedad, todo lo cual hace posible que sea reconocido socialmente con su nombre.

Este componente de la Identidad Integral, el sociofamiliar, es el de mayor significación con el sentido de pertenencia de los niños y niñas, que es factor determinante para la formación de la personalidad social. Para ello el nombre juega además de un rol socio-cultural, uno de carácter intrínseco, de tipo emotivo y psicológico en el niño, en su familia, y en las relaciones mutuas.

3. **La Nacionalidad:** Está referida a la pertenencia a un país determinado, a una nación, con todos los derechos y deberes que de ese hecho se derivan. Este último aspecto deviene de una razón del derecho internacional, que tiene que ver con las relaciones entre naciones y con los sistemas de relación y reconocimiento de los nacionales de cada país, con la territorialidad y los derechos del país frente a nacionales y extranjeros, de acuerdo al sistema que se adopte para reconocer o no la misma nacionalidad del país en donde se nace. Es principio elemental de la Nacionalidad la identificación del sujeto con el país que se la otorga, con su historia, su cultura y tradiciones. Por esa misma razón, la nacionalidad tiene un relevante papel en la soberanía del Estado.

2.- La Identidad en las normas Internacionales de Derechos Humanos

El derecho al nombre y a la nacionalidad, a la filiación materna y paterna, a la crianza y cuidado en la familia y la preservación de estas condiciones han encontrado el reconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y de esa forma se han consagrado en los instrumentos (Pactos, Convenciones y Declaraciones), es decir que estas condiciones subjetivas se han asignado en el ideario jurídico internacional. No cabe duda así que el derecho a la identidad de las personas en lo civil y familiar, constituyen un derecho inherente a su propia condición.

La Declaración Universal de Derechos Humanos ⁹⁸ reconoce en su artículo 6, que:

“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”

Resulta oportuno en esta norma indicar el carácter amplio que encierra respecto a la universalidad del derecho que se reconoce. Evidentemente, la Declaración Universal de Derechos Humanos utilizó el reconocimiento de la “personalidad jurídica” a todos los seres humanos, y no sólo a los ciudadanos. No resulta de igual amplitud y alcance jurídico la condición de ciudadanía que la de persona humana. Ferrajoli ⁹⁹, en análisis de la dimensión jurídica y el alcance socio-jurídico de estas dos nociones (ciudadanía y persona), concluye

⁹⁸ ONU. Las Naciones Unidas y los Derechos Humanos, 1945-1995. Pág. 167.

⁹⁹ LUIGI FERRAJOLI, Derechos y Garantías, la Ley del más débil, pág. 98.99 y 100.

que existen “dos status subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: los derechos de la personalidad, que corresponden a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas, y los derechos de ciudadanía que corresponden en exclusiva a los ciudadanos”. Toma en cuenta el autor citado que no se trata de un mero problema terminológico, sino que tienen una clara connotación ideológica, ya que la ciudadanía no es actualmente un factor de inclusión y de igualdad, sino que representa un último status como especie de privilegio, en sus palabras, la ciudadanía es “el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales”

Es relevante entonces que la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconozca la personalidad jurídica de todos y de cada uno de los seres humanos, lo que debe interpretarse en el indubitable sentido del reconocimiento legal y sociofamiliar del nombre de las personas, de toda persona humana, y no sólo de los ciudadanos, o los que la ley les da la condición de tales, para el goce de los derechos que tal cualidad les asigna.

También el artículo 15 de esta Declaración se ocupa del reconocimiento de otro de los elementos de la Identidad de las personas, en los siguientes términos:

“1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad”

La Declaración Universal de los Derechos Humanos no distingue si se adquiere la nacionalidad por el *Ius solis* o por el *Ius Sanguini*, es decir, si se obtiene por el lugar del nacimiento o si está determinada por la nacionalidad de los padres, o de uno de ellos, tampoco distingue sistemas intermedios, atenuados o mixtos. De ésta norma citada se entiende la pertenencia a un país determinado como derecho inherente a toda persona humana, y de acuerdo al propósito de los acuerdos y convenciones de derechos humanos, los derechos reconocidos sólo estarán sujetos a las disposiciones legales de cada Estado parte, siempre que éstas no irrespeten o consagren normas violatorias de tales derechos, como bien lo explica el artículo 29.2 de la misma Declaración Universal de Derechos Humanos. Por tanto, la disposición comentada sobre la nacionalidad estará sujeta al régimen de adquisición de la nacionalidad que determine cada país, bien para la nacionalidad originaria o de nacimiento, o para la nacionalidad adquirida con posterioridad o también conocida como naturalización. El aparte 2 del artículo 15 antes citado establece tanto el derecho de cambiar de nacionalidad como la garantía en forma de prohibición para los Estados, de no privar arbitrariamente a las personas de la nacionalidad que detentan.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁰ del 16 de diciembre de 1966, reconoce el derecho a la identidad en su artículo 24, así:

“2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad”

100 ONU. Ob. Cit. Pág.254

Se destaca en la norma transcrita, por un lado, el uso de los imperativo “será” y “deberá” que denotan la orden de inscribir a todo niño o niña recién nacido y el deber de asignarle un nombre, y por otra parte, en la misma norma, consagra el derecho al nombre junto al derecho a la nacionalidad; cohesionando dos de los elementos que contribuirán a dar forma a la conceptualización de la identidad civil de manera integral, como lo desarrollará 23 años más tarde la Convención sobre los Derechos del Niño -CDN-.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica¹⁰¹, del 22 de noviembre de 1969, si bien reconoce el derecho al nombre y a la nacionalidad en forma similar al Pacto de Derechos civiles y Políticos antes analizado, se distingue en la Convención Americana la especificidad en el reconocimiento del nombre propio y el apellido de sus padres o el de uno de ellos (sin contener determinaciones que garanticen exhaustivamente la filiación de ambos padres), y deja a la Ley de cada país la regulación para garantizar este derecho, aunque se haga necesario el uso de nombres supuestos. Así, establece en su artículo 18 que:

“Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario”

Respecto a la Nacionalidad, en el artículo 20 este instrumento denota el uso preferente del sistema de ius solis, al establecer que “toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra”

La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰² del 20 de noviembre de 1989 expresa en su artículo 7 que

- “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.**
- 2. Los Estados parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultare de otro modo apátrida”**

Se lee claramente que el particular 1 del artículo 7 de la Convención sobre Derechos del Niño, tiene tres (3) situaciones de derecho aplicables desde que el niño nace:

- El Derecho a un nombre,
- El Derecho a adquirir una nacionalidad, y
- El Derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos

El aparte segundo de esta norma asegura el desarrollo legislativo interno que debe corresponderse con el derecho reconocido en el aparte 1 del mismo artículo, también en

101 ONU. Ob. Cit. Pág. 269

102 ONU. Ob. Cit. Pág. 359

concordancia con los restantes instrumentos internacionales de derechos humanos en los que se trata la materia, y hace énfasis en la protección especial para la garantía del derecho en aquellos casos o situaciones específicas en que el niño o niña resulte sin país que le asuma como nacional.

Como se nota, el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra una norma exhaustiva en el derecho que estamos tratando, toda vez que asegura el nombre, la nacionalidad, la filiación y el derecho a la familia de origen que debe encargarse en lo posible de su cuidado. Aunque en los artículos 9 y 18 se trata de manera específica y amplia el cuidado y crianza en la familia de origen, y el 21 en la familia adoptante, ya desde este artículo 7 se asegura el derecho a la filiación y al cuidado del niño en el seno de su familia.

El artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño introduce la denominación "identidad" a los elementos "nombre, nacionalidad y relaciones familiares" y por ello nos permite la formulación de una categoría plural de derechos (nótese que son tres derechos), en una sola denominación, como cuando se trata del derecho a un nivel de vida adecuado que ha permitido la conjugación de diversos elementos de derechos subjetivos de la persona humana en una sola denominación. Como se sabe, el derecho a una vida digna compromete todas las condiciones necesarias para el desarrollo, esto es, derecho a la alimentación o nutrición adecuada, a la vivienda cómoda e higiénica, vestuario, etc. De esa misma manera, la Convención sobre los Derechos del Niño, ha logrado bajo la determinación de "identidad", conjugar al menos tres elementos de derechos subjetivos de los niños. Esta noción que asumimos resulta claramente determinada por su artículo 8, estableciendo que:

"1. Los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas"

Porsupuesto que la norma transcrita acepta tácitamente que no solo el nombre, la nacionalidad y la familia constituyen los exclusivos componentes de la identidad. No es un riesgo afirmar que este aparte 1 del artículo 8 de la Convención sobre Derechos del Niño incluye en la Identidad de los Niños otros elementos que aunque no menciona, están constituidos por la afirmación social del niño respecto a su comunidad, su familia, y en fin su entorno, lo cual adjudica papel importante a la cultura, al arte, las creencias de un país, una comunidad o un grupo determinado en un momento o época también determinados; la formación de la personalidad en lo individual y lo social que reafirma a cada persona como igual a la otra, aunque con sus propios rasgos personales.

También esta norma se encarga de asegurar la restitución del derecho a la identidad o de uno cualquiera de sus elementos, cuando ha sido vulnerado, como lo garantiza en su segundo aparte, al establecer que:

"Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad"

La protección especial en caso de violación a este derecho que acá se asegura nos permite interpretar claramente, que cuando uno solo de los elementos de la identidad (por ejemplo, solamente la nacionalidad) resulta de alguna forma perturbado, amenazado o vulnerado se estaría frente a un atentado, violación o perturbación, según sea el caso, de la identidad en

su sentido absoluto. Nótese que la norma establece la restitución inmediata de la identidad, aunque sólo uno de sus elementos sea el violentado, lo que significa sin duda, que no se requiere para que se prive del derecho, que se violenten todos sus componentes o elementos, sino que basta con uno sólo de ellos que resulte afectado para que estemos en presencia de afectación a todo el derecho a la identidad. Así, cuando se priva del cuidado familiar de manera ilícita, se está violando la identidad como derecho, o cuando en igual medida se hace con la nacionalidad.

Es indiscutible que la identidad de los niños conforme al derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, a las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño es una denominación (además de novísima), que permitirá desarrollar las transformaciones necesarias para la garantía de este derecho en un sentido más amplio que el simple contenido del nombre de los niños o del servicio de Registro Familiar de Nacimientos. Este, si bien es importante, como ya se dijo, no constituye per se la satisfacción plena del derecho a la identidad.

Por otra parte, la lectura del derecho al nombre y a la nacionalidad de los niños y niñas, consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, es forzoso hacerla a la luz de los principios de no discriminación y del interés superior del niño que aparecen como fuentes ineludibles de interpretación en los artículos 2 y 3 de este mismo instrumento. A la luz de la igualdad o no discriminación porque ninguna condición del niño o de sus padres, representantes, responsables o familiares puede considerarse como elemento para negar el derecho a la inscripción en el registro Familiar, por ejemplo el hecho de que el niño o niña sean pobres, o indígenas, o sea la madre o el padre, o ambos, extranjeros, o delincuentes, o cualquier otra condición. También el derecho a la identidad debe leerse a la luz del principio del interés superior del niño que obliga a que todas las decisiones que se adopten en las que se vean ellos y ellas afectadas, la consideración primordial será su interés, y ello significa que no debe pugnar ningún otro hecho contra el derecho a poseer y existir con nombres, apellidos y nacionalidad, como también debe quedar sin dudas que una de las primeras acciones en las cuales un país debe demostrar su interés por los niños y niñas nacidos en su territorio, es precisamente en el reconocimiento de ellos como ciudadanos que existen legal y socialmente.

En definitiva, el derecho al nombre debe ser garantizado por el país donde el niño nace, y en casi todos nuestros países, sin discusión también debería tenerse el derecho automático a la nacionalidad del país en donde se nace, en virtud del principio del *ius solis*, adoptado por la mayoría de los países del continente.

De manera que los instrumentos internacionales de derechos humanos, y muy especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño conciben el derecho al nombre como una manifestación de la identidad, compuesta además por el derecho a la identidad social y familiar y el derecho a la nacionalidad." (Fin de la cita)

4. La Identidad en la LEPINA

Como hemos explicado en esta obra, la LEPINA es un cuerpo legislativo nacional que se encarga de desarrollar los principios y normas de derechos humanos contenidos en la CDN. Como quiera que el Derecho a la Identidad es reconocido en este instrumento internacional, y ocupa cuatro de sus 54 artículos, ordenándole a los Estados parte el aseguramiento de este derecho, (la restitución cuando se violenta o el cese de la perturbación cuando se amenaza); la LEPINA lo desarrolló de tal forma que podemos agruparlo en cuatro aspectos fundamentales:

1. El derecho sustantivo a la Identidad
2. Los mecanismos para su cumplimiento (procedimientos para la inscripción en el Registro Familiar de Nacimientos)
3. La protección en caso de amenaza o violación del derecho a la Identidad
4. Las infracciones o normas penales impropias en caso de violación del derecho a la identidad o a uno de sus elementos.

En estos cuatro aspectos, también para efectos pedagógicos, trataremos las regulaciones de la LEPINA en la materia.

1. El derecho sustantivo a la Identidad de los niños, niñas y adolescentes

- Derecho a la identidad: nombre, familia, documentación y nacionalidad

El artículo 73 de la LEPINA, establece que:

“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la identidad y a los elementos que la constituyen, especialmente al nombre, la nacionalidad, a su relación paterna y materna filiales y a la obtención de documentos públicos de identidad de conformidad con la Ley...”

Esta norma de carácter sustantivo establece el derecho universal para las NNA a tener un nombre, la nacionalidad, la relación filial con el padre y la madre y los documentos públicos de identidad.

A los efectos del Derecho de Familia y de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, debe entenderse que cuando el artículo 73 utiliza la expresión “relación paterno y materna filiales”, está indicando la primigenia relación de familia nuclear, pero ésta se aplica también a la familia extendida de ambos árboles filiales, esto es, las relaciones con la familia consanguínea materna y paterna. Además, obligatorio se hace concordar la misma con los artículos 36 y 90 de la Constitución de la República, que ya hemos citado. La primera de estas normas

constitucionales establece y garantiza la filiación de hijos e hijas respecto a sus progenitores, incluyendo los y las adoptivos, prohibiendo calificaciones sobre la naturaleza o tipos de filiación y haciendo extensivo el derecho al nombre. La segunda norma constitucional, con respecto a la nacionalidad, así como los artículos 91 y 92 constitucionales, establecen las distintas formas de adquirirla por nacimiento, que van desde el hecho cierto del nacimiento en territorio de la República, pasando por la regulación de la nacionalidad por razón del nacimiento de los hijos o hijas de ambos progenitores en territorio extranjero, o de uno sólo de los padres, hasta la persona nacida en territorio extranjero que sea hijo o hija de madre o padre salvadoreño por naturalización.

La disposición legal en la LEPINA se encarga de afianzar el concepto de Identidad integral que hemos explanado en esta obra, pues como se denota del artículo 73 de forma amplia y sustantiva establece el derecho a los documentos públicos que comprueben la identidad de todo niño, niña o adolescente y la responsabilidad del Estado en asegurar programas y medidas apropiadas para que puedan determinar su identidad, incluidos (como lo establece el artículo 7 de la Convención sobre Derechos del Niño), el nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares. Esta disposición sustantiva ahonda en la ideología que el legislador comparte con la CDN, porque no sólo es aplicable para la restitución y/o preservación de la identidad, sino principalmente para su determinación inicial. En los documentos públicos de Identidad a los que tienen derecho las niñas, niños y adolescentes, es sabio por parte de la norma, haberse referido a ellos de manera general, porque la intención que de ello se deriva incluye cualquier documento que con la naturaleza y carácter de público, permita la identidad, a saber, entre otros la partida de nacimiento, las declaraciones o fichas médicas de nacimientos, las cédulas o carnets de identidad, pero también aquellos documentos que se produzcan ante las autoridades públicas, administrativas o judiciales en donde existan elementos constitutivos de la identidad, como por ejemplo y es lo más común que acontece, los reconocimientos de filiación paterna de manera expresa o tácita en actas administrativas o judiciales.

Los artículos 78, 79 y 80 de la LEPINA son interdependientes al derecho a la identidad de las NNA, y cumplen una función característica en la determinación, preservación y/o restitución de la identidad, según sea el caso, por cuanto están estrechamente relacionados con la filiación, a la crianza en familia y a las relaciones personales con los padres y madres, que son parte constitutiva de la identidad como derecho humano fundamental. Esta consideración de interdependencia es coherente, como se ha insistido, con la disposición del artículo 73 de la LEPINA.

Derecho a la Identificación:

El artículo 74 de la LEPINA establece el derecho a la “identificación” de NNA inmediatamente después de su nacimiento. En esta norma se ha hecho énfasis y está dirigida a garantizar lo que podemos denominar identificación del niño o niña que acaba de nacer, recayendo sobre el Estado la obligación de “garantizar que las personas recién nacidas sean identificadas oportunamente.”.

También esta norma coloca en obligación del Estado la identificación mediante procedimientos ágiles y sencillos para la inscripción de los nacimientos. A ello haremos referencia más adelante, vista la experiencia y propuestas que se han transformado en políticas y planes nacionales de otros países como el caso de Venezuela y Ecuador, en la garantía del derecho a la identificación y Registro Civil inmediato, gratuito, célere y sencillo, con garantías a la seguridad del Estado y de la filiación de NNA.

Respecto a la última parte o inciso final de este artículo 74 vale decir que las medidas específicas para la inscripción de NNA que no se les haya garantizado este derecho oportunamente, conocido como inscripciones o Registros tardíos, es imprescindible considerar que cuanto es aplicable al recién nacido en el sentido de la garantía de inscripción en el Registro del Estado Familiar de Nacimientos, lo es para aquellos o aquellas NNA que por las deficiencias del servicio o por responsabilidad de padres, representantes o responsables, o por cualquier otra causa no se encuentren inscritos. La parte in fine del artículo 74 de la LEPINA ordena medidas específicas en ese sentido, que compartimos como tales, es decir, no como campañas espasmódicas, sino medidas como parte de una política sistemática y permanente que garantice la inscripción de las NNA que se encuentren en esta situación. Para ello el Registro del Estado Familiar está obligado a tener los mecanismos y respuestas efectivas de restitución del derecho que se encuentra lesionado o violado. También creemos que las Juntas Departamentales de Protección deben cumplir en ese sentido una importante función al ordenar la restitución del derecho (la inscripción en el Registro del Estado Familiar), por vía de una Medida de Protección.

También es necesario relacionar este artículo 74 con los nacimientos extrahospitalarios establecidos en el inciso final del artículo 76, que indica que “Los médicos y parteras que hubiesen asistido en un parto fuera de una institución hospitalaria, deberán informar de los nacimientos que atiendan, a más tardar en el plazo de noventa días al puesto de salud pública de su localidad, quien a su vez, informará al Registro del Estado Familiar correspondiente...”, por cuanto constituye una obligación para hacer efectivo el derecho a la identificación e inscripción oportuna a que se contrae el artículo 74.

El artículo 75 de la LEPINA establece los datos mínimos que debe contener la identificación de los recién nacidos, la cual se realizará en formatos o fichas. Además de los datos allí ordenados, dejando a salvo la utilización de otros métodos de identificación. El Comité de Derechos del Niño de Ginebra¹⁰³, ha insistido en el mínimo de datos que deben tenerse en cuenta para la identificación e inscripción de los niños y niñas, a los cuales se corresponden la previsión de la legislación especial de protección salvadoreña.

Esta disposición de la LEPINA obedece a una imprescindible identificación inicial o primaria, anterior al Registro Familiar de nacimiento del niño o niña, que resulta ineludible para asegurar la filiación con la madre. Esta primera identificación llevada correcta y oportunamente, es decir, al ocurrir el nacimiento, permitirá, especialmente en los centros hospitalarios, maternidades y servicios de salud (sean públicos o privados), en donde ocurren nacimientos, que se preserve el vínculo filial del niño o niña con la madre que le ha dado a luz, evitando de esa forma que ocurran confusiones o equivocaciones, y aún cambios o actos dolosos, que desvinculen al niño recién nacido con su progenitora. Se trata exactamente de un acto de “identificación” que coadyuvará en la realización y aseguramiento de uno de los elementos más importantes de la identidad del niño o niña recién nacido, cual es la filiación cierta e indiscutible (por el hecho mismo del parto), con su madre. Esto explica que el artículo 74 de la LEPINA haya utilizado el término “identificación” como el acto médico ocurrido inmediatamente después del parto

103 UNICEF. Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, Pág. 105. El Comité de Derechos del Niño que funciona en Ginebra es creado por el artículo 43 de la Convención sobre Derechos del Niño, con el objeto de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes, que deben presentar ante aquella instancia informes sobre las medidas que hayan adoptado para hacer efectivos los derechos de los niños reconocidos en la misma Convención. Dichos Informes deben presentarse por primera vez a los dos años de haber entrado en vigor la misma, y subsiguientemente cada cinco años, conforme al artículo 44 eiusdem.

que permite, a través de fichas médicas o constancias individuales para cada nacimiento, la colocación de una serie de datos que permitan individualizar a la persona que ha nacido para distinguirla de otros ya nacidos y de los que estén por nacer y al mismo tiempo vincularla con la persona (madre), que acaba de dar a luz.

- **Derecho del recién nacido a ser inscrito en el Registro del Estado Familiar**

Presupuesto indispensable para la materialización del derecho a la identidad de los niños y niñas, es su inscripción en el Registro del Estado Familiar. Antes expresamos que éste es un servicio que no debe confundirse con el derecho a la identidad concebido éste último de manera integral. El Registro Familiar de nacimientos es una institución de derecho público que permite la tramitación administrativa civil para operativizar (materializar) el derecho al nombre y a la nacionalidad. Sin ella, el individuo carece de existencia legal y automáticamente queda excluido de los demás derechos. Además, con la inserción de la partida de nacimiento se demuestra la filiación legal del niño o niña (hecha la salvedad del valor y efecto probatorio de las declaraciones médicas de nacimientos).

El artículo 74 de la LEPINA, como hemos visto, establece el derecho de los niños a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, de forma gratuita y de conformidad con la ley. Por su parte, la Inscripción en el Registro del Estado familiar que estatuye la primera parte del artículo 76 obliga a las Instituciones Públicas y Privadas a remitir al Registro del Estado Familiar en cada municipio una constancia del registro y ficha médica de nacimiento, otorgando un plazo de noventa días para ello. Con los datos que establece el artículo 75, debidamente registrados en cada nacimiento por parte de los hospitales o maternidades, públicos o privados, el Registro del Estado Familiar hará el asiento respectivo.

Al respecto se hace necesario comentar que el Registro del Estado Familiar y en particular, el Registro de las actas o partidas de nacimientos en la Región de ALC es tradicionalmente llevado por servicios separados de los sistemas de salud, que imponen la necesidad de diversos y burocráticos procedimientos, que por lo general son deficientes o adolecen fundamentalmente de ser inapropiados o inadaptados (lo que le hace deficiente), a la realidad actual. Registros Civiles de Nacimientos, por lo general concebidos para atender poblaciones rurales del siglo XIX no puede pretender cubrir la demanda del Siglo XXI, en una sociedad fundamentalmente urbana y periurbana, con grandes concentraciones poblacionales. La ausencia de unidad y concentración en el procedimiento administrativo registral respecto al hecho mismo del nacimiento y por otra parte el volumen de nacimientos ocurridos diariamente, hace imposible que el Registro Familiar pueda atender satisfactoriamente la demanda. A ello se suma el hecho de que el propio Registro Familiar expide la certificación o llamadas Copias Certificadas de los actos que realiza, los cuales debe extraer o transcribir textualmente de los Libros en donde se les ha insertado.

La falta de inscripción en el Registro Familiar de Nacimientos, en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe se debe a variadas causas entre las que se encuentran la nula o poca preparación de las oficinas de registro, el costo de la inscripción en algunos casos y las prácticas burocráticas y culturales que muchas veces hacen que madres solteras o mujeres solas no puedan inscribir a sus hijos.

En este contexto, la existencia de niños sin nombre ni nacionalidad responde generalmente a uno de los siguientes problemas:

- Desidia y trabas burocráticas, tales como la existencia de pocas oficinas de Registro Familiar, o lo anticuado y lento del sistema de recolección del Registro, que en casi todos los casos es manual y no automatizado, además de trámites complejos. En algunos países, el elevado precio de los mismos.
- Oficinas de Registro muy distantes y plazos para la inscripción muy cortos.
- La existencia de actitudes político-culturales de xenofobia y/o discriminación, muchas veces ligadas a la existencia de fuertes y desordenadas corrientes migratorias que provocan al mismo tiempo problemas de orden cultural y burocrático. Las políticas de control de migraciones de los respectivos países, deben definirse entonces en función de resolver ese problema específico, sin lesionar el interés superior del niño.
- Falta de conciencia social en relación con las obligaciones del Estado en este campo, lo cual significa que las acciones encaminadas a la solución del problema, no deben dirigirse sólo al tradicional aumento de la oferta sino además a un estímulo global y generalizado de aumento de la demanda.

La situación de violación del derecho a ser inscrito en el Registro Familiar de Nacimientos se ha ido generalizando. Así, van en aumento las inscripciones que se realizan tardíamente, muchas veces luego de más de cuatro y cinco años de ocurrido el nacimiento.

En el comentado artículo 73 de la LEPINA, se obliga al Estado a garantizar la identidad de toda niña, niño o adolescente, y en el 74 la garantía de un servicio ágil, sencillo, y gratuito. En tal sentido, la garantía de prestación en manos del Estado se concibe de manera absoluta y amplia, tanto y cuanto al servicio mismo, como a la obligación de estimular, alentar y, en su caso, obligar, a padres, madres, representantes o responsables a cumplir la suya.

2. Los mecanismos para el cumplimiento del derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes

En la misma línea de protección integral que caracteriza a todas y cada una de las normas de derechos humanos en la LEPINA, el cumplimiento, la restitución en caso de violación o el cese de la amenaza al derecho a la identidad, encuentra en la ley un escudo blindado, constituido por mecanismos que van desde la garantía primaria o de primer orden para dar efectividad al derecho y su protección sistemática, hasta las medidas y acciones administrativas y/o judiciales. Destacaremos esos mecanismos de la siguiente manera:

-Inscripción oportuna de Niños y Adolescentes

El artículo 74 de la LEPINA fue concebido por el legislador de tal manera que permite (y principalmente, obliga), la transformación de la institución del Registro del Estado Familiar, y en particular el Registro o asiento de los nacimientos, habida cuenta del contenido mismo que coloca en manos del Estado la responsabilidad de diseñar y ejecutar las medidas necesarias que garanticen **procedimientos gratuitos, sencillos y ágiles para la inscripción de los nacimientos**.

El espíritu, propósito y razón de afirmación y prestación legal está ideológicamente hermanado con la norma general que establece el derecho subjetivo al nombre y la nacionalidad en el artículo 73 de la LEPINA, por cuanto sin un Registro de Nacimientos eficaz, rápido, con

procedimientos sencillos, aunque seguros, modernos y gratuitos, muchos niños y niñas seguirán corriendo la suerte de nacer y vivir como especies de seres invisibles de la sociedad, con las consecuencias de negación de derechos más allá de la negación de su condición de persona, o por ella misma.

- **Una propuesta de mecanismo garantista del derecho a la identidad: Las Unidades Hospitalarias de Registro Familiar de Nacimientos –UHRFN-¹⁰⁴**

El artículo 74 de la LEPINA crea la legalidad suficiente a mecanismos de Registro Civil de Nacimientos que permitan hacer realidad el principio de inmediatez que encierra su inciso segundo, en concordancia con el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con fundamento en esta disposición que obliga al Estado a crear procedimientos gratuitos, sencillos y rápidos, el mecanismo más adecuado para avanzar en la solución sustancial de la grave violación al derecho al nombre y a la nacionalidad, se expresaría en la creación y funcionamiento apropiado de unidades de registros civiles lo más inmediatamente cercanos al hecho mismo del nacimiento. Estos Registros, a través de Unidades Hospitalarias de Registro Familiar de Nacimientos –UHRFN- solventarían la alarmante situación de niños y niñas sin identidad civil. Lo ideal, como se ha dicho, es que los mismos funcionen en cada hospital o maternidad en donde ocurran los nacimientos, de manera automatizada, es decir, con procedimientos que se hagan constar a través de métodos modernos de transcripción de datos, preferiblemente computarizados o de alguna forma electrónicos.

Esta norma, conjuntamente con la disposición del inciso final del artículo 73 resulta apropiada para la garantía del principio de Unidad en la inscripción de nacimientos en hospitales y maternidades

El funcionamiento y la prestación del servicio de las Unidades Hospitalarias de Registro Familiar de Nacimientos deben regirse por los siguientes principios:

- a) **Unidad y concentración**, según el cual debe evitarse la competencia de diversos funcionarios e instancias, concentrando el proceso de recepción, inscripción, inserción y expedición en un mismo acto, ente y lugar, sin fraccionamientos que impidan o retarden el cumplimiento del derecho a la identidad civil;
- b) **La singularidad**, el cual da cuenta de que los procesos sean únicos, y no que de región a región, de municipio a municipio, de Departamento a Departamento, existan variedades, o más bien diversidades de procesos, con reglas distintas que confundirían al usuario y generarían contradicciones en la administración del registro, al tiempo que también harían variada y poco coherente la información estadística al respecto. Este principio obliga al establecimiento de un procedimiento único nacional para la inscripción.
- c) **Inmediatez**, según el cual el proceso debe ser rápido y sencillo, sin tramitaciones dilatorias o impeditivas;
- d) **Gratuidad**, según el cual ningún acto, trámite, expedición, consulta u otra actuación de

¹⁰⁴ Propuesta similar fue hecha en el año 2003 por el autor en la citada obra sobre el derecho a la identidad, UNICEF, en donde se desempeñaba el autor como Oficial de Proyectos, hizo la propuesta al Gobierno de Venezuela, comenzando a implementarse a partir del año 2004 a través del PLAN NACIONAL DE IDENTIDAD “YO SOY”, en Hospitales y Maternidades públicas y privadas de este país.

su competencia causará emolumento de ninguna naturaleza, ni compensación alguna, ni requerirán de papel certificado, timbres fiscales o algún otro tipo de impuesto o tributo;

- e) **Igualdad**, en cumplimiento del cual no se discriminará a ningún niño o niña por ninguna condición, ni por la de sus padres, familiares o representantes, despachándose sin privilegios especiales ni distinciones particulares a todos por igual; de allí que la práctica de muchos funcionarios al impedir la inscripción del niño en el Registro Familiar por alguna condición del padre, madre o de los representantes, por ejemplo, la falta de carnet de identidad, la condición de extranjeros, u otras, resulta violatoria del principio de igualdad; y
- f) **El Interés superior del niño**, de acuerdo al cual por encima de cualquier consideración se atenderá al cumplimiento del derecho a la identidad civil de los niños o niñas, y se privilegiará su derecho a ser inscritos en el Registro Familiar de Nacimientos por encima de cualquier otra circunstancia o consideración.

Las UHRFN deben adecuar su funcionamiento de manera tal que garanticen la sencillez y la seguridad de las actas e inserciones, y que prescindan de trámites innecesarios y tardíos. En este sentido, resulta apropiado que desde la elaboración de la historia clínica, al ingresar la madre a la maternidad u hospital (y si fuere posible, desde la atención prenatal), se registre y sistematice toda la información que utilizaría eventualmente la UHRFN para la producción e inserción de la partida de nacimiento. Se debe asegurar un espacio físico en el interior del hospital o maternidad y la conexión de la Unidad con el servicio de atención de partos e historias médicas. Una vez nacido el niño o niña, de forma rápida, debe notificarse a la UHRCN del nacimiento producido, y de los datos necesarios, tales como sexo, nombre de la madre, estado familiar, nombre que se dará al niño o niña, entre otros (los cuales también han sido transcritos en la constancia de nacido vivo, que debe ser utilizada como tarjeta de nacimiento para los fines de la inserción de la partida de nacimiento). Con estos datos la UHRFN recibirá la declaración de la madre para corroborarlos (o del presentante en caso de muerte de la madre en el parto), y elaborará la partida de nacimiento, utilizando para ello el mecanismo automatizado en un programa o software diseñado para tal efecto. La partida de nacimiento así elaborada la leerá o se le hará leer a la madre o presentante, según sea el caso, y se procederá a su firma e inserción. La UHRFN debe constar de un archivo físico de los libros que serán foliados y precintados de manera apropiada y segura, y además de los archivos electrónicos originales y de respaldo que sean necesarios para la transmisión de estos, en copias o por vía electrónica, a las autoridades de registro y sistemas estadísticos. Una vez elaborada electrónicamente la partida de nacimiento, y suscrita por la autoridad y por presentante y testigos, el sistema debe asegurar que ésta no pueda ser reformada ni anulada por procedimiento alguno, a no ser las excepciones contenidas en la Ley del Registro del Estado Familiar.

Frente a las propuestas de automatización del Registro de Nacimientos, con funcionamiento en el propio hospital o maternidad, es común que muchos sectores afirmen que estos sistemas no brindan seguridad o que resultan un riesgo para la veracidad de los actos jurídicos. Frente a ello, es necesario recordar que los actos del Registro Familiar están sujetos, como documentos públicos, a las acciones y/o recursos legales. En especial, el funcionario del Registro del Estado Familiar, solo da fe del acto o de las declaraciones que terceros le han proferido, y autoriza tal documento, con las solemnidades de Ley, como lo ordena el artículo 5 de la Ley de Registro del Estado Familiar, ante lo cual tiene responsabilidad civil, penal y administrativa, como lo estatuyen los artículos 66 de esta misma ley y el artículo 192 del Código de Familia. Nótese

especialmente la obligación de registrar en que se encuentran los funcionarios a tenor de los artículos 10, 11, 12, 13 y 14 de la ley de la materia, salvo las excepciones allí contempladas y debidamente motivadas, por lo que el funcionario de manera alguna tiene responsabilidad en las afirmaciones de los declarantes. Es necesario insistir en ello, toda vez que tratándose de un sistema registral sea manuscrito o electrónico, siempre existirá la posibilidad (ya en manos de los declarantes, ya en manos del Funcionario), de simulación, de falsedad, o de algún vicio del consentimiento, pero ello no puede ser elemento válido para impedir las transformaciones institucionales que garanticen el derecho, y la previsión de mecanismos más eficaces y rápidos. De manera que en la disposición del artículo 74 de la LEPINA, leemos e interpretamos este propósito del legislador al referirse a la rapidez, agilidad o celeridad, y sencillez de los procedimientos de Inscripción de niños y adolescentes en el Registro de Nacimientos. Por otra parte, es posible la automatización, además de los argumentos indicados en la LEPINA, ya analizados, en la propia Ley de Registro del Estado Familiar, en su artículo 48, se establece la posibilidad de inscripciones de los hechos registrables en formularios impresos por sistemas informáticos.

- **Declaración de nacimientos en instituciones públicas de salud**

Como antes hemos explicado, en su artículo 75 la LEPINA regula el procedimiento que debe seguirse en hospitales, clínicas, maternidades u otros servicios públicos de salud en donde ocurrieren nacimientos. La Declaración de Nacimientos no constituye un Registro por sí mismo, sino un paso muy importante, pero no concluyente del proceso de Inscripción e inserción en los Libros de Registro Familiar de Nacimientos. Nótese que en la norma se autoriza a la máxima autoridad pública de la institución –la Dirección-, o en todo caso a la administración, en cuyo evento creemos que debe mediar autorización suficiente de la Dirección (o el funcionario que él delegue, de acuerdo a su parágrafo segundo), en donde ocurren los nacimientos para que lleve un registro de los nacimientos a través de fichas médicas individuales, mientras que en el artículo 76 subsiguiente se establece que estas Instituciones deben remitir “**...directamente al Registro del Estado Familiar del respectivo municipio una constancia del registro y ficha médica de nacimiento, a más tardar en el plazo de noventa días, con la cual se realizará el asiento respectivo. Además, librarán mensualmente al Registro del Estado Familiar un informe consolidado de todos los nacimientos producidos en dicha institución hospitalaria...**”, de manera que es el Registro del Estado familiar, según estos dos artículos (75 y 76) quien inserta y certifica la declaración que ha hecho el funcionario de la institución de salud. De manera que las fichas médicas previstas en el artículo 75 no se tratan de una inscripción propiamente dicha, sino de un servicio que auxilia al Registro de Nacimientos, y que por tal razón, pasa a formar parte de éste último, pero ésta norma no autoriza al funcionario de la clínica, hospital o maternidad para que inserte el acta que ha producido en el libro correspondiente al Registro de nacimientos. Precisamos distinguir así entre la declaración del Funcionario de Salud responsable del acta de nacimiento y el funcionario del Registro del Estado Familiar que certifica e inserta las declaraciones hechas por el anterior. Convencido como estoy de la preeminencia de la Unidad Administrativa como principio para la inscripción del nacimiento de niños y niñas que dará mayor garantía a la inmediatez; es apropiado que el acto se produzca en lo posible ante la misma autoridad que lo certificará e insertará, evitando dilaciones y tramitaciones complejas de uno a otro funcionario, de una instancia administrativa a otra, que en nada contribuyen a la eficacia y celeridad del derecho a la identidad de los niños y niñas. En opinión de este autor, el procedimiento que aparece descrito en los artículos 75 y 76 de la LEPINA debe ser simplificado en cuanto a la diversidad de instancias administrativas para la culminación del proceso de inserción y certificación en los Libros de Registro de Nacimientos, para que esto ocurra en el propio hospital, maternidad o clínica, bajo la responsabilidad de

la Autoridad o Funcionario del Registro del Estado Familiar, lo cual es absolutamente legal de conformidad con el ya analizado artículo 74 de la LEPINA que, como norma general, permite en tal sentido el desarrollo de procedimientos “ágiles” y “sencillos”.

Para garantizar la prestación del servicio de Declaración de Nacimientos a que se contrae el artículo 75 de la LEPINA, el Estado está en la obligación de dotar a las instituciones públicas de salud de todos los recursos necesarios para tal fin.

- **Plazo para la Declaración de Nacimientos**

El propio artículo 76, establece el plazo no mayor de noventa días para que las Instituciones públicas o Privadas de salud en donde ocurran los nacimientos, remitan al Registro del Estado Familiar del Municipio respectivo, la constancia y ficha médica en donde conste el correspondiente nacimiento. Para el caso de los nacimientos extrahospitalarios, este es igual plazo, pero para que las parteras o médicos individuales que asistan el parto lo notifiquen al puesto de salud pública de su localidad, quien a su vez notificará en el plazo máximo de noventa días al Registro del Estado Familiar.

Engorrosos y poco céleres estos procedimientos, pareciera que no se corresponden con el uso del término “inmediatamente después del nacimiento” a que se contrae el artículo 7 de la CDN, pues debe entenderse que “inmediato”, es lo más próximo al hecho al que se contrae, y en este caso, su significado no da lugar a dudas que se trata de lo más próximo al hecho del nacimiento. Para ambos casos, el primero, es decir los nacimientos hospitalarios, el plazo de hasta noventa días para remitir la constancia y ficha médica del nacimiento al Registro del estado Familiar, plazo a partir del cual se hará el asiento, y en el segundo caso, en los nacimientos asistidos por parteras, noventa días para notificar al puesto de salud, y hasta noventa más para la notificación o remisión de éste al Registro del Estado familiar, no parecen ser plazos que se adecuen a la exigencia de rapidez, celeridad e inmediatez. Distinto es el caso de los nacimientos previstos en el artículo 77, en su segundo inciso, pues el nacimiento ha ocurrido fuera de hospital o centro de salud público o privado, y fuera de cualquier asistencia médica o de parteras. De esa forma, la situación ideal concebida en el artículo 76, es que los nacimientos ocurridos en hospitales o maternidades y los ocurridos con atención de parteras, o en otros lugares distintos a hospitales, maternidades o clínicas, bajo atención médica, se inscriban en la misma institución, aplicándose así lo previsto en el tantas veces comentado artículo 74 sobre la agilidad y sencillez, mientras que los nacimientos ocurridos fuera de estas dos hipótesis, por lo general en casas, se harán ante la autoridad o funcionario del Registro del Estado familiar en el plazo no mayor de noventa días, por parte de la madre, el padre, o ambos, o en caso de falta de estos, por parte de los parientes más cercanos.

Hay razones múltiples para la inmediatez del Registro que explanamos en esta obra, y que resulta de un mandato del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; evitar la carga sobre los usuarios, prevenir el tráfico de niños o niñas recién nacidos, y en fin cumplir con un derecho humano al que se es acreedor al nacer, tal como la aplicación de los primeros cuidados de salud, vacunaciones y atenciones médicas primarias, por ejemplo que son “inmediatamente al nacimiento”, el Registro Familiar de este hecho no tiene porque ser distante, lejano y por tanto perjudicial a los derechos de o la recién nacida. Es propicio en tal sentido referir un controversial y abominable hecho ocurrido en el año 2000 en la República de Colombia, que me produjo una extraña sensación entre la indignación, la rabia, el dolor, la impotencia y la reflexión, no sé si todas juntas

o progresivamente. En esa oportunidad, quizás guiado por estos sentimientos ante los hechos de nuestro mundo (cada vez más) tan inhumano y las más de las veces injusto, escribí sobre este acontecimiento que ahora creo oportuno referir para ahondar aún más en la importancia del Registro Familiar del nacimiento de forma rápida, inmediata y oportuna, en donde emblemáticamente se consideró que la existencia natural de las personas no significa que existan socialmente y jurídicamente, o en otras palabras, para que seas persona no basta con que nazcas. En efecto, en un Hospital al sur de Bogotá, murieron seis niños en una unidad de neonatos como consecuencia de una descarga eléctrica en sus incubadoras. La muerte fue horrible, completamente electrocutados. Las familias que demandaron por daños y perjuicios no fueron indemnizadas debido a que, según el tribunal que estudió el caso, los niños no existían jurídicamente pues no habían sido registrados. Aparte del exabrupto que nos debe parecer a todos este caso, las interrogantes saltan a la vista, seamos o no abogados: 1) No bastó con la existencia de un certificado de nacido vivo de estos niños, lo cual demuestra que estaban allí y que de hecho murieron. 2) ¿será posible que si no existían jurídicamente se les haya hecho acta de defunción? 3) la Convención Internacional sobre Derechos del Niño –CIDN- consagra que un niño o niña es toda persona desde el nacimiento hasta los 18 años incompletos, no desde el momento en que se registra civilmente. Seguramente, además de estas interrogantes, llenas muchas de impotencia, debamos reflexionar sobre lo siguiente:

- 1.- Un caso como este da cuenta exacta de las vacilaciones jurídicas y que si no trabajamos en la superación de los mismos, estamos cerrando los ojos ante potenciales violaciones de derechos humanos. En este caso, por ejemplo, fue vulnerado nada menos que el derecho a la vida de 6 niños, afectando gravemente a sus familias. Un caso verdaderamente emblemático, pero ¿Cuántos no ocurren que pasan desapercibidos, como puede ser el del niño que no lo atienden en el hospital porque no tiene nombre? Tenemos que insistir no solo en el registro civil de los niños y niñas de forma muy rápida después de su nacimiento (Unidades de Registro Familiar en las maternidades, u oficinas intrahospitalarias, oficinas descentralizadas, es decir de servicios accesibles y sencillos), sino también en la identificación de los mismos en la sala de parto ligada incluso a la re-identificación de la propia madre y que se haga constar de inmediato por el hospital o centro que nacieron vivos
- 2.- La ratificación por parte de Colombia de la CDN, obliga al país a cumplir el art. 6 que dice “Los Estados-Parte reconocen que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida” y el art. 7 que establece el derecho a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, y el derecho al nombre y a la nacionalidad. No dice en parte alguna que los niños existen jurídicamente a partir de su inscripción registral. Este es un argumento civilista, napoleónico, superado por distintos instrumentos de derechos humanos entre los que se encuentra la CDN.
- 3.- Otros artículos vulnerados son el 2 y el 3 de la CDN que se refieren a la no discriminación y la consideración del interés superior, encontrándonos en este último en el párrafo 3ro una alusión directa a la obligación de las instituciones de cumplir con las normas pertinentes y a efectuar una supervisión adecuada.
- 4.- La CDN es absolutamente clara sobre las obligaciones del Estado y de sus instituciones. De allí la importancia de que la historia médica de las parturientas (al entrar al servicio de maternidad) identifique antes del acto a la madre y deje abierta la inserción.

En todo caso, la vida (también desde el punto de vista jurídico), no sólo se demuestra con la existencia legal; la vida es un hecho natural, biológico, de carácter fáctico, demostrable con apreciaciones de hecho que resultan notorias, como la gravedad de las madres, la atención prenatal en ese o cualquier otro centro de asistencia médica; con la entrada en historias médicas, con la declaración de los asistentes al parto, etc. Además debe existir un certificado médico de nacidos vivos. El asunto es que los tecnicismos jurídicos, han hecho mucho daño a la verdad y a la justicia. Durante muchos años la "humanidad" (las leyes) negó la condición de persona a los esclavos, y no por ello dejaban de ser personas, aunque la ley no los tuviera como tales.

6.- Sin duda que la determinación judicial que comentamos o cualquier otra similar recuerda también el hecho y decisión judicial tantas veces repetidas en nuestro continente en donde no se le cancelaba ninguna prestación al niño trabajador porque legalmente el trabajo estaba prohibido. Es como si un homicida no fuese castigado porque la víctima no tenía identificación: ¿acaso la muerte no se produjo? ¿Acaso el acto de matar está supeditado a que la víctima se identifique?

- La Gratuidad de la partida de nacimiento

Por disposición del artículo 77 de la LEPINA, la primera copia de la partida de nacimiento será expedida gratuitamente.

La gratuidad de los servicios que se constituyen en mecanismos de derechos humanos, es un principio de aplicación general para todas las actuaciones públicas. ¿Se distancia entonces el artículo 77 de este principio general de actuación de los despachos y asuntos públicos? ¿Es una contradicción de la Ley o una excepción que relativiza la aplicación del principio general? Tiene importancia práctica dilucidar esta situación, toda vez de la dificultad que podría presentarse, como de hecho podría surgir y ha surgido a través de algunas Alcaldías o Municipios en otros países, que fijan una tasa a cambio de la prestación del servicio de las copias certificadas del Registro del Estado Civil o Familiar, incluyendo las copias certificadas de las partidas de nacimientos. El primer aspecto a considerar tiene que ver con que en el sentido del artículo 77 de la LEPINA, no se autoriza a la fijación de tributo alguno para la expedición de las copias subsiguientes a la primera. Textualmente establece que en todo caso la primera certificación de la partida de nacimiento se proveerá gratuitamente. No obstante, conviene precisar que la gratuidad debe ser entendida no sólo en función de tratarse, como ya hemos dicho, de un mecanismo de cumplimiento de derechos humanos, sino además con clara vinculación con los artículos 12 y 14 de la LEPINA (Interés Superior y Prioridad absoluta de NNA). De esta necesaria concatenación de principios se deriva con claridad: a) la política pública que defina la fijación de alguna forma de retribución para un servicio público, debe considerar de manera especial que la política pública de niños tiene sus signos y características propias, que no pueden confundirse con la política pública dirigida a otros sectores de población; b) la atención, acceso y características de la prestación de los servicios públicos para los niños, y c) En el equilibrio entre el bien común y los derechos y garantías de niños y adolescentes, en nada perjudica la gratuidad al primero. Es evidente que tal exoneración de cualquier tasa, retribución, tributo o emolumento para las subsiguientes certificaciones de partidas de nacimientos pasa por la definición de directrices, como parte integrante de la Política Nacional de Atención Integral a cargo del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia.

3. La Protección en caso de amenaza o violación del derecho a la Identidad.

El derecho a la identidad, como todos los derechos reconocidos en la LEPINA (y los derechos humanos en general), es susceptible de ser violado o amenazado de forma individual, colectiva o difusa por hechos, actos u omisiones, es decir que el alcance de estas amenazas o violaciones puede entrañar afectación a uno o más sujetos perfectamente determinados, caso en el cual se estará en presencia de una violación individual del derecho, o a una población o sector indeterminado, que puede o no estar unido como sector o grupo (por ejemplo etario), por el daño o amenaza, siendo entonces la afectación de carácter colectiva.

Se violaría el derecho de manera colectiva, por ejemplo, cuando una disposición gubernamental, o una circular o resolución ministerial, o una simple orden impide en un país la inscripción de los niños que son hijos de personas que carezcan de cédula o carnet de identidad, aunque se demuestre el nacimiento del niño o niña en territorio de la República. Similar violación se presentaría cuando se impida la inscripción de los hijos de personas analfabetas, o sólo se permita la de hijos de determinado sector económico, excluyendo al resto de la población. Se viola el derecho de manera individual, por ejemplo, cuando a un niño o un grupo determinado de niños se les prohíbe la inscripción en el Registro de Nacimientos, porque su padre ha sido sentenciado a cumplir condena penal, o porque sus progenitores son desempleados, o simplemente por la negativa contumaz de la autoridad del Registro Familiar en inscribir a un niño o niña determinado.

En verdad no resulta complejo identificar la violación o amenaza del derecho a la identidad en tanto y cuanto está referido al nombre y a la nacionalidad, en los casos individualmente considerados, por cuanto basta con tener el conocimiento de la falta de inscripción del niño o niña, transcurrido el lapso de noventa días a que se contrae la LEPINA, o cuando no se produce la declaración de nacimiento de un niño o grupo determinado de niños o niñas en un hospital o maternidad. No resulta complejo identificar las distintas situaciones de violación individual del derecho al nombre y a la nacionalidad, especialmente cuando esta proviene de omisión de los padres, madres o parientes, o del acto de negación a la inscripción por parte del o de los funcionarios encargados de hacerlo. En muchos países se suceden a diario este tipo de situaciones que entorpecen, dilatan o muchas veces niegan definitivamente la inscripción, alegando motivaciones que por lo general tienen su fundamento en la mentalidad discriminatoria de muchos funcionarios que, por la carencia de documentos de identidad de la madre, por vencimiento de la documentación de uno o de ambos padres extranjeros, o por la no presentación de un “contrato de arrendamiento” o una factura de servicio público de agua o energía eléctrica; o por cualquier otro “requisito” no existente legalmente, niegan la inscripción del niño en el Registro de Nacimientos.

En cuanto a los derechos colectivos o difusos, se identifica la violación, principalmente, en la inexistencia o deficiencia de políticas de Estado que consideren con prioridad absoluta la inscripción de todo niño o niña nacida en el territorio de la República. Estas políticas deberían estar dirigidas, al menos, a los siguientes aspectos:

- a) **Para garantizar los demás derechos** (o para impedir su violación, o evitar constituirse en la puerta de entrada a la violación de los demás derechos) de supervivencia, desarrollo, participación y protección especial, es necesario que el derecho a la identidad no sea un tema más en políticas públicas, sino un eje de las políticas de Estado. En Educación, en Salud, en Nutrición, en programas y servicios básicos, el derecho a la identidad debe ser un componente programático que caracterice y se individualice en las políticas de cada sector, e igualmente, en las políticas intersectoriales, de manera que para el ingreso a la educación, por ejemplo, no sea un obstáculo la carencia de la documentación de registro civil, sino más bien una obligación el garantizársela al niño, niña o adolescente, junto a la matrícula escolar.
- b) **En materia de política criminal, y en especial, en términos de política criminal reactiva**, para asegurar la identidad de los adolescentes en conflicto con la ley penal, resulta indispensable que la identidad sea entendida como un complejo amplio de elementos, tal y como lo hemos señalado en este ensayo. Los programas de ejecución de medidas penales, sean o no privativas de libertad, deben contener acciones apropiadas que garanticen no sólo la debida inscripción en el Registro Familiar de aquellos adolescentes que no la tengan y/o el de proveerles de los documentos de identificación necesarios. Habida cuenta que las relaciones familiares son un componente de la identidad en sentido integral, su restitución ocupa un lugar preponderante en estos programas para adolescentes en conflicto con la ley penal. También en este sentido la detención preventiva debe establecer claramente la identidad e identificación del adolescente que se encuentra en situación de imputación y/o procesamiento penal, y de ser preciso, determinar las responsabilidades en que pudiesen haber incurrido las personas o funcionarios que han impedido, retrasado o dejado de asegurar este derecho.
- c) **La universalización del derecho a la identidad**, así como lo fue y continúan siendo las políticas de universalización de la educación básica. Para ello se deben abarcar las siguientes acciones: 1) Reformas legislativas, que prevean sistemas rápidos, gratuitos, únicos y singulares; que simplifiquen los procesos sin afectar otros derechos de NNA, que reconozcan la identidad, con todos sus componentes (personal, familiar, social y nacionalidad), como un derecho fundamental, y que sancionen su violación; 2) Reformas institucionales: Creación , instalación y funcionamiento de mecanismos de Registro Familiar de Nacimientos en todos los centros asistenciales, públicos o privados, en donde se produzcan nacimientos, es decir maternidades, hospitales y clínicas privadas, con sistemas estadísticos electrónicos (en lo posible) para el levantamiento inmediato de los indicadores locales y nacionales, lo cual aportará la información necesaria para una mejor y más oportuna planificación de las políticas de Estado en materia de protección integral a niños, niñas y adolescentes, y 3) Políticas y programas de protección especial, que permitan el funcionamiento de mecanismos articulados para la defensa y restitución inmediata del derecho a la identidad cuando este sea violado o amenazado, tanto desde las escuelas, como del sector salud, en las políticas compensatorias, en los casos de adolescentes privados de libertad, o en caso de secuestros, tráfico de niños, explotación sexual y adopciones o entregas ilícitas. Una política de protección especial, permite que se atiendan con prontitud la reunificación y rehabilitación familiar y/o el reingreso o reinserción escolar, en casos de emergencias por desastres naturales o por guerras, por ejemplo. En cuanto a las campañas o jornadas de identificación o Registro debe decirse que éstas son a la identidad lo que la alfabetización es a la educación; es decir, no resuelven el problema. No se niega su realización, pero no deben ser el norte de la política de Estado para garantizar el derecho a la identidad, sino que mientras más

se garantice un sistema rápido, oportuno, gratuito e inmediato al nacimiento, menos jornadas se justificarán.

- d) **La carencia del Registro Familiar, por cualquier causa, como antes hemos indicado nunca será imputable a la niña, niño o adolescente**, por lo que no puede constituirse en un obstáculo para la garantía de otros derechos. Un claro ejemplo del pensamiento y propósito legislativo en tal sentido, se encuentra contemplado en el artículo 83, parte in fine de la LEPINA, cuando estatuye que **“En ningún caso la falta de documento de filiación o de identidad de la niña, niño y adolescente será obstáculo para su correspondiente inscripción.”**

Es necesario advertir que también estamos ante una situación de violación o amenaza a la identidad de los niños, niñas o adolescentes cuando se suceden a su vez contra uno cualquiera de sus componentes, por ejemplo, cuando se perturba por acción u omisión el derecho a las relaciones familiares, toda vez que de acuerdo a la doctrina que compartimos, éstas relaciones son parte integrante del derecho a la identidad. Así visto, la identidad no sólo es amenazada o vulnerada con la negación del nombre, al no inscribir al niño en el Registro de Nacimientos, sino también en caso de tráfico o secuestro de niños, que ameritando una medida de protección especial para la restitución a la familia de origen, debe considerar la afectación a la identidad familiar.

4. Las normas sancionatorias en caso de violación del derecho a la identidad o a uno de sus elementos.

Siempre que se trate de normas sancionatorias en el contexto de la protección integral a niños y adolescentes, se hace necesario precisar que éstas constituyen una estrategia de protección, por lo que la sanción no es un objetivo en sí misma, sino un medio para activar el adecuado amparo y resguardo de los derechos humanos de la población de niños y adolescentes, que aunado a otros medios de carácter primario, la sanción sólo es la última ratio. En ese mismo sentido debe considerarse siempre el carácter subsidiario de las normas penales y por el otro la naturaleza de acción pública de las mismos; el carácter subsidiario de las sanciones o infracciones contenidas en la LEPINA, está vinculado con la existencia de otros medios extrapenales de regulación social, y la función de las sanciones por infracción a los derechos de NNA es sólo la última línea de defensa frente a comportamientos no deseables. Ello explica suficientemente lo que hasta ahora hemos dicho de la intervención del Sistema de Protección, incluso de manera preferente y principal, frente a las distintas situaciones de abuso y explotación sexual, como ante cualesquiera otras situaciones de violación de derechos humanos a los niños que a su vez puedan constituir delitos en sentido propio (penales propiamente dichos), o en sentido impropio (ilícitos en general), y con respecto a la naturaleza de orden público que prevé la responsabilidad por los delitos contra los derechos humanos de NNA, la LEPINA deja siempre a salvo esta posibilidad de persecución penal, cuando establece el art. 199 inc. Final que **“...En todo caso, deberán librarse los oficios correspondientes a las instituciones estatales competentes para la aplicación de otras leyes especiales, con el objeto que deduzcan las responsabilidades administrativas respectivas. Además, cuando la conducta pudiera constituir delito, se denunciará ante la Fiscalía General de la República, sin perjuicio de continuar con el procedimiento sancionatorio. “**

De esa forma la LEPINA claramente diferencia los ilícitos civiles de los ilícitos penales, siendo que los primeros están contenidos en los artículos 201 y 202 bajo la denominación de “Infracciones leves “ y “Faltas graves”, respectivamente.

Por violación del derecho a la identidad se ubican en la ley tres tipos de infracciones leves y dos faltas graves:

a) Infracciones Leves:

Artículo 201:

- a) Negar a la madre, padre, representante o responsable una constancia del registro y la ficha médica de nacimiento del recién nacido;
- b) En el caso de las parteras que hubiesen asistido durante un parto, omitir informar de tal hecho, en los noventa días siguientes al nacimiento, a la unidad de salud pública de la localidad;
- c) En el caso de las unidades de salud pública, omitir informar al Registro del Estado Familiar de la localidad, dentro de los noventa días siguientes de obtenida la información, de los nacimientos reportados por los médicos y parteras;

En estos casos, como lo ordena el artículo 200, se impondrá amonestación escrita o multa de quince a treinta salarios mínimos mensuales urbanos de la industria y suspensión de la actividad lesiva.

En el particular “c” la negativa, concordante con el artículo 74 de la misma ley, provendrá del Director o de la administración del centro de salud pública o privado en donde ocurrió el nacimiento, y por tanto, la responsabilidad del ilícito recae en estos funcionarios, según sea el caso. Igual responsabilidad ocurre en la eventualidad del particular “e” de este artículo 201, pues una vez que el o la funcionaria es informada del hecho del nacimiento extrahospitalario, atendido por partera o médico particular, tiene el mismo lapso para remitir la información al Registro del Estado Familiar, contándose los noventa días a partir del momento en que recibe la información respectiva, por tanto, es quien dirige el centro de salud pública de la localidad en donde ocurrió el nacimiento, y siempre que sea informado del mismo, quien de no remitir la información al Registro del Estado Familiar, incurre en el tipo del ilícito descrito, mientras que en el literal “d” son las parteras o médicos quienes incurren en tal violación, con la consecuencia sancionatoria.

b) Infracciones Graves:

- a. Tipificadas en el artículo 202, de la siguiente forma:
- b. Omitir o alterar el registro y la ficha médica de los nacimientos que se produzcan en las instituciones hospitalarias y puestos de salud pública;
- c. Omitir informar del nacimiento de la hija o hijo, tratándose de la madre o el padre, después de haber sido amonestados por escrito por tercera vez por esa misma razón;

Sin duda, que la omisión o alteración del registro y fichas médicas de los nacimientos, además del ilícito "civil" acá determinado, constituye un supuesto de acción penal, por lo que una vez en conocimiento de las autoridades administrativas o judiciales, obliga a informar a las autoridades de la Fiscalía General de la República, como lo prevé el artículo 200 de la LEPINA, sin perjuicio de la continuidad del procedimiento sancionatorio, por lo que las sanciones se aplicarán "sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiere derivarse en caso que la infracción sea constitutiva de ilícito penal", como en efecto lo es en este caso, además de las responsabilidades administrativas a que hubiere lugar.

Nótese que el literal "b" que estamos analizando utiliza los verbos "omitir" o "alterar" que definen un el tipo delictivo que tendrá como posibles agentes a sujetos calificados por la delicada misión que se les encomienda, entiéndase así por ejemplo al médico, enfermero, encargado del servicio de salud que no identifiquen debidamente al neonato y a la parturienta con ocasión del parto, que omita inscribirlo o altere indebidamente el registro de nacimiento, lo cual bien puede ocurrir con dolo, cuando (y así ocurre por lo general), este se ejecuta con la intención de facilitar otro u otros delitos, como el caso del tráfico de niños. También podría resultar culposo el delito, es decir, cuando la omisión de debida identificación, o la alteración en la ficha o en el registro de nacimientos lo ha sido por negligencia, impericia, imprudencia en el desempeño de su oficio o profesión, o por inobservancia de normas, leyes o reglamentos.

Nótese también que el particular "b" utiliza la expresión "...el registro y la ficha médica", pero no debe entenderse que el uso de la conjunción "y" en vez de la "o" se convierta en una suerte de disquisición de interpretaciones , ya que al establecer en los artículos 75 que **"...se deben llevar un registro de los nacimientos ... por medio de fichas médicas individuales ..."** y en el artículo 76 que remitirá al Registro del Estado Familiar "...una constancia del registro y ficha médica de nacimiento..", resulta indudable que son dos documentos distintos: 1) La constancia del Registro del nacimiento, y 2) la ficha médica del nacimiento, por lo que incurre en el ilícito del literal "b" del artículo 202, bien quien altere uno u otro documento.

Por otra parte, no cabe duda que se comete delito cuando se omite identificar correctamente a uno (neonato) u otro (parturienta). Póngase como ejemplo el caso en que intencionalmente se coloca el nombre de una supuesta parturienta que no lo ha sido, aunque el neonato resulte correctamente identificado, con el objeto de suponer una filiación materna falsa, o al contrario, cuando se identifica como nacido a un niño de una madre que no lo es, con el sólo objeto de cambiarlo por el de otra madre, aunque se esté identificando de forma correcta a la parturienta, no así al niño.

Respecto al literal "c" de este artículo 202, como ya se ha dicho, el plazo de noventa días siguientes al hecho cierto del nacimiento, indicado en el artículo 77, opera como caducidad para la debida información y declaración del nacimiento por ante la autoridad del Registro del estado familiar. No obstante, la norma observa acertadamente que para que proceda la sanción, el padre o la madre, hayan sido válidamente requeridos (amonestados) a hacer la inscripción, en tres oportunidades.

Las sanciones que corresponden por estas faltas graves, son las que se determinan en el artículo 200 de la LEPINA, esto es multa de treinta a cincuenta salarios mínimos urbanos de la industria y suspensión de la actividad lesiva.

Finalmente no dejamos de notar que de acuerdo al literal “f” del artículo 130 de la LEPINA, se encuentra como obligación de las entidades de atención que ejecuten las medidas de acogimiento familiar e institucional la de **“...Colaborar en los trámites necesarios para satisfacer las necesidades de las niñas, niños y adolescentes atendidos, así como apoyarlos en la obtención de sus documentos de identidad ante las autoridades competentes...”**

5. Derechos a la Educación, Cultura, descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego

El capítulo II, Título III del Libro Primero de la LEPINA, se ocupa de un grupo de derechos que en el contexto de las áreas de Desarrollo están dirigidos a formas sociales de desenvolvimiento fundamentales en la formación de los seres humanos, en cualquier etapa de la vida, más aún esenciales en las primeras etapas de la vida, la que corresponde a los elementos singulares del desarrollo de las niñas, niños y adolescentes.

Esta normativa que riela desde el artículo 81 al 91 de la Ley, resulta de un acertado entendimiento de la inteligencia legislativa sobre la Educación y Cultura, (artículos 81 al 89) y del descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego (artículos 90 y 91), sobre la relevancia y el enfoque de elementos esenciales para el desarrollo personal y social de la niñez y adolescencia, en la perspectiva de derechos fundamentales y no sólo con el propósito de dar cumplimiento de derechos fundamentales para la población de niñez y adolescencia, sino adicionalmente con el objeto de que la sociedad entera se vea retribuida con la formación de NNA en principios y valores de dignidad, respeto y humanismo.

Título III Derecho al Desarrollo Capítulo II Educación y Cultura

Artículo 81.- Derecho a la educación y cultura

La niña, niño y adolescente tienen derecho a la educación y cultura. La educación será integral y estará dirigida al pleno desarrollo de su personalidad, aptitudes y capacidades mentales y físicas hasta su máximo potencial.

Asimismo, la educación deberá orientarse al pleno ejercicio de la ciudadanía, el respeto de los Derechos Humanos, la equidad de género, el fomento de valores, el respeto de la identidad cultural propia, la paz, la democracia, la solidaridad, la corresponsabilidad familiar y la protección del medio ambiente. Atendiendo a sus facultades y su vocación, las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar en la vida cultural y artística del país.

El Estado debe garantizar este derecho mediante el desarrollo de políticas educativas integrales idóneas para asegurar una educación plena y de alta calidad. En consecuencia, deberá garantizar los recursos económicos suficientes para facilitar las acciones destinadas al cumplimiento de estos derechos.

Artículo 82.- Derecho a la educación gratuita y obligatoria

La educación inicial, parvularia, básica, media y especial será gratuita y obligatoria.

Los servicios de los centros públicos de desarrollo infantil serán gratuitos y deberán reunir todas las condiciones necesarias para la atención de las niñas y niños.

Artículo 83.- Acceso a la educación y cultura

El Estado deberá garantizar el acceso a la educación y a la cultura, el cual comprende, entre otras condiciones, amplia cobertura territorial en todos los niveles educativos, adecuada infraestructura, idóneas modalidades, planes y programas de educación, docencia cualificada, suficientes recursos pedagógicos, tecnológicos y espacios culturales y recreativos; además, deberá garantizar el acceso y la permanencia de las niñas, niños y adolescentes en el sistema educativo en condiciones de igualdad y sin ningún tipo de discriminación.

En ningún caso la falta de documento de filiación o de identidad de la niña, niño y adolescente será obstáculo para su correspondiente inscripción.

Los tres primeros artículos de este Capítulo II, están dirigidos a la Educación como derecho humano, coherente con los artículos 28 y 29 de la CDN, y con las distintas resoluciones y acuerdos internacionales, entre ellos la Declaración Mundial sobre Educación para Todos¹⁰⁵, definen la orientación y enfoque legislativo de la LEPINA acerca de la Educación para Niñas, Niños y Adolescentes.

En efecto, para la Ley salvadoreña, la Educación como parte integral de los Derechos al Desarrollo, ocupa un lugar preponderante en la visión integral de los derechos Humanos, por

¹⁰⁵ UNESCO: Aprobado en Jontiem, Tailandia en Marzo de 1990, al que le han seguido Planes como el Marco de Acción aprobado por el Foro Mundial sobre la Educación Dakar, Senegal, en abril de 2000.

lo que los artículos en referencia (81, 82 y 83), configuran el marco general sobre el que se asienta el compromiso político del Estado Salvadoreño que desarrolla la primigenia norma constitucional del artículo 53, que preceptúa como principio que **“El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana; en consecuencia, es obligación y finalidad primordial del Estado su conservación, fomento y difusión.”**, de tal manera que este compromiso fundacional de la República con la educación y la cultura como derechos humanos, extiende una doble dimensión, la de ser obligación y finalidad del Estado, en tres aspectos iniciales: conservación, fomento y difusión. Es el propio texto constitucional, en los artículos 54 al 64 que se encarga detalladamente de establecer tales obligaciones y finalidades, sin dejar de observar las características y fines del proceso educativo, el acceso, la calidad, además de la organización del Sistema Educativo.

Por su parte, la obligación político-jurídica de la carta constitucional con respecto al derecho a la educación, es claro que en su contexto asume la centralidad y rectoría del Estado en todos sus ordenes, siendo absolutamente diáfana de esa forma que se trata de un bien público, valga redundar, de orden estrictamente público. Esta determinación que se desprende de todo el articulado constitucional en la materia (artículos 53 al 64), es determinante en los verbos imperativos utilizados en el artículo 57 constitucional. No queda duda, de esa manera, que en el marco de la LEPINA, el desarrollo de las normas constitucionales encuentra una expresión detallada de las obligaciones, fines y control de la educación formal y de la cultura nacional como derechos humanos en los que el Estado tiene la centralidad de su garantía.

Ciertamente, la educación es para los niños el aliento al desarrollo humano, junto a los demás derechos concomitantes a una formación social, personal, ciudadana y familiar integral en una sociedad democrática, plural, transformadora que hoy día reconozca en el ser humano NNA, la particularidad de ser sujetos plenos de derechos, y por tanto, sujetos activos del desarrollo nacional, en el presente, sin esperar a que sea una gracia del futuro. Educación y derechos humanos son, de esta forma, es decir, en el enfoque de desarrollo individual y social, un indisoluble concepto que es más sólido en la medida en que NNA son efectiva y socialmente tratados como seres con dignidad humana, con respeto a sus derechos fundamentales, y con la mirada a la formación en la práctica de estos derechos, más que como valores, como principios adminiculados a la vida, al desarrollo, a la supervivencia, a la participación, y a un hacer de construcción ciudadana en la nueva dimensión de la ciudadanía que no es la de exclusivos derechos políticos y electorales, aunque en efecto, NNA tienen derechos políticos como el de asociarse, opinar, manifestar, tal como desarrollaremos en el respectivo Capítulo de esta obra sobre los Derechos de Participación.

La trilogía Educación, Desarrollo y Ciudadanía constituye así un eje jurídico social que por un lado, obliga al respeto y cumplimiento a través de las políticas y gestión pública, y por otro, configura un especial interés doctrinario jurídico que auxilia en la toma de decisiones frente a aquellas situaciones en que de forma colectiva, difusa o individual, son desconocidos, menoscabados o amenazados cualquiera de los elementos que constituyen el derecho a la educación, bien en el acceso y permanencia, gratuita y universal, bien en la calidad de la educación impartida, bien en las condiciones físicas, ambientales, nutricionales u otras en que se desarrolla el proceso educativo formal. Para un Juez de Niñez y Adolescencia, es entonces la educación un amplio concepto jurídico-social que no se basta con el ingreso al sistema educativo de un niño, niña o adolescente determinados, sino que trasciende a todos y cada uno de los elementos constitucionales indicados, que la LEPINA desarrolla a su vez de forma normativa especial.

Estos elementos a considerar en el marco de la educación como derecho humano, son definidos legalmente en los siguientes aspectos:

La Educación y Cultura son derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes

LA EDUCACIÓN

- Será integral
- Dirigida al pleno desarrollo de su personalidad, aptitudes y capacidades mentales y físicas hasta su máximo potencial.
- Orientada al pleno ejercicio de la ciudadanía, al respeto de los Derechos Humanos, la equidad de género, el fenómeno de valores, el respeto de la identidad cultural propia, la paz, la democracia, la solidaridad, la corresponsabilidad familiar y la protección del medio ambiente.
- La educación inicial, parvularia, básica, media y especial será gratuita y obligatoria.
- Los servicios de los centros públicos de desarrollo infantil serán gratuitos y deberán reunir todas las condiciones necesarias para la atención de las niñas y niños.
- En ningún caso la falta de documento de filiación o de identidad de la niña, niño y adolescente será obstáculo para su correspondiente inscripción.

Como hemos explicado, el sistema educativo es de índole público por excelencia, y al definir su naturaleza jurídica en el marco de los derechos humanos, la resultante axiológica estriba en una norma de prestación y garantía por parte del Estado, que imperativamente se constituye en un mandato de cumplimiento que, en el caso de la Constitución de la República, la LEPINA y los tratados internacionales ya indicados; no permite que las instituciones del Estado que forman parte del Sistema Educativo Nacional desnaturalicen los fines y objetivos declarados por la normas jurídicas. De esa manera, la gratuidad, por ejemplo, de la educación inicial, parvularia, básica, media y especial, constituye una condición de prestación de derechos por parte del Estado en beneficio de todas las niñas, niños y adolescentes. Cualquier intento de privatización de la educación pública, cobro de matrícula, ingreso, permanencia o imposición de tasas impositivas o emolumentos de cualquier naturaleza en el proceso educativo quedan absolutamente prohibidas, y constituirían una flagrante violación a la naturaleza constitucional y legal del derecho a la educación.

Por supuesto que tal definición no impide, pero sí controla y rectoriza, la actividad privada en materia de educación, como lo prevé el artículo 57 constitucional: "...Los centros de enseñanza privados estarán sujetos a reglamentación e inspección del Estado y podrán ser subvencionados cuando no tengan fines de lucro" .

En ese mismo sentido el artículo 85 de la LEPINA:

Título III Derecho al Desarrollo Capítulo II Educación y Cultura

Artículo 85.- Educación privada

El Estado supervisará y controlará por medio del Órgano Ejecutivo en el ramo de Educación que los establecimientos privados impartan una educación integral de conformidad con los términos de esta Ley, la Ley General de Educación y las que rigen la materia.

De tal suerte que toda actividad de Educación para NNA es, como hemos destacado, de naturaleza pública, aunque la "educación privada" la imparta. El control del Órgano Ejecutivo en el ramo de Educación no desmerita de los controles para el cumplimiento de derechos a NNA en el sector privado de la educación. Por tal razón es que, por ejemplo, el artículo 120 "b" de la LEPINA establece como medida de protección a ser dictada por las Juntas Departamentales en caso de amenaza o violación del derecho a la educación, la orden de matrícula o permanencia obligatoria en los centros educativos públicos o privados. En las hipótesis que en países como Venezuela han surgido al respecto de las medidas de protección emanadas de estos órganos administrativos contra centros educativos privados, principalmente en los casos de falta de pago de cánones o cuotas por parte de los padres, madres, responsables o representantes; se requiere de un fino análisis legal que permita separar la obligación civil contractual y el incumplimiento de pago, que dará lugar a las acciones judiciales del derecho común (en cuyo caso el establecimiento educativo privado podrá demandar el cumplimiento de contrato), del supremo derecho a la educación del niño, niña o adolescente de que se trate. En otras palabras, la falta de pago da lugar a una acción civil, pero de ninguna manera a suspender la permanencia escolar del NNA.

Estando claro que el Estado tiene la rectoría de la Educación por ser un derecho humano de las NNA, y por ende, de naturaleza pública, las prestaciones en política pública se encuentran preceptuadas en un mínimo de imperativos legales diáfananamente definidos en el articulado del Capítulo III que estamos analizando.

Por tal razón, es que el inciso último del artículo 81 obliga al Estado a desarrollar políticas públicas integrales para la garantía de la educación plena y de alta calidad, en consonancia con lo preceptuado en el artículo 83 que declara un mínimo de obligaciones imperativas (nótese el uso del “deberá”) en la garantía del derecho a la educación y cultura, tales como la amplia cobertura territorial en todos los niveles educativos (en consonancia con el artículo 82 eiusdem) infraestructura, modalidades, planes y programas de educación idóneo, docencia de calidad, recursos pedagógicos, tecnológicos, espacios culturales y recreativos. Por otro lado, es reiterativo el final de esta norma (artículo 83), al insistir en la garantía del acceso y la permanencia de NNA en el sistema educativo, en condiciones de igualdad y sin ningún tipo de discriminación.

Desglosemos algunas particularidades de interés en la puesta en el cumplimiento y garantía de estas prestaciones mínimas que obligan al Estado en materia de Educación y Cultura como derechos humanos:

- En consonancia con el principio de prioridad absoluta de los derechos de los NNA que hemos estudiado, el Estado se encuentra obligado a dar preeminencia a la Educación como derecho de las NNA en el diseño o formulación, ejecución y seguimiento de la política educativa.
- De igual manera para la garantía de cobertura amplia en todos los niveles educativos, así como el desarrollo de los planes, programas y modalidades educativas en los mismos niveles, la implementación de recursos tecnológicos, espacios recreativos y culturales, entre otros, se requiere de suficiente y creciente inversión social, lo que obliga al Estado a aumentar la distribución de los ingresos públicos destinados al cumplimiento sostenido de estas prestaciones.
- La calidad de la educación, impone la integración de capacidades y mejoramiento profesional permanente de maestros y educadores en general, así como de los recursos antes indicados, tales como la informática y en general, las herramientas pedagógicas modernas, que deben estar a disposición de todas las niñas, niños y adolescentes en el sistema educativo formal, en condiciones de igualdad.
- La Política nacional de Protección Integral debe asumir el reto de contribuir de forma adecuada a las obligaciones mínimas que detallan estas normas en la LEPINA. Por tanto es deber del Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia incorporar las directrices y lineamientos de la política educativa nacional en los aspectos antes indicados.

- En las situaciones de menoscabo, amenaza o violación del derecho a la educación, hipotéticamente y que por lo general se presentan de forma reiterada en cuanto al acceso, matriculación, condiciones de infraestructura física, inadecuados establecimientos con riesgo para la integridad de niñas, niños y adolescentes, maltrato verbal o físico en las aulas o en el medio educativo; la actuación de los órganos del Sistema Nacional de Protección debe distinguir adecuadamente entre la protección de derechos colectivos y difusos, y la protección individual, y según los casos, la intervención del órgano administrativo o judicial competente. Es obvio que la Acción de Protección para los casos de violación o amenaza de derechos colectivos y difusos, como hemos indicado en esta obra, es de naturaleza judicial, sin que dejemos de advertir que la denuncia puede provenir del CONNA, conforme al cardinal 10 del artículo 135 de la LEPINA, o de los Comités Locales de Derechos de la Niñez y Adolescencia, conforme a la competencia asignada en la letra “k” del artículo 155 eiusdem, e incluso de Las Asociaciones de Promoción y Asistencia, como lo determina el artículo 194, letra “g”, todo en franca concordancia con el artículo 227 de la LEPINA.

Otras responsabilidades del Estado en materia de la Educación aún más específicas, en el marco que analizamos, es decir como derecho humano y, por ende, de naturaleza pública, se describen en el artículo 86 de la LEPINA:

Título III Derecho al Desarrollo Capítulo II Educación y Cultura

Artículo 86.- Responsabilidad del Estado en materia de educación

Para hacer efectivo el derecho a la educación el Estado deberá:

- a) Garantizar educación integral de calidad y progresiva en condiciones de igualdad y equidad para toda niña, niño y adolescente;
- b) Procurar asistencia alimentaria gratuita en los centros públicos de educación inicial, parvularia y primaria;
- c) Crear y fomentar los niveles más elevados del conocimiento científico y tecnológico;
- d) Fomentar la expresión artística y cultural;
- e) Promover los valores éticos, morales y ciudadanos;
- f) Difundir y promover el respeto a los derechos de toda niña, niño y adolescente y los Derechos Humanos en general;
- g) Fomentar el conocimiento y respeto del idioma castellano, la identidad cultural y de otras manifestaciones culturales;
- h) Crear y mantener centros de estudios con infraestructura e instalaciones que cuenten con los espacios y condiciones físicas adecuadas para el desarrollo de la enseñanza científica y tecnológica, las actividades lúdicas, deportivas y culturales;
- i) Proveer los centros de estudios de recursos humanos cualificados y garantizar a éstos condiciones laborales adecuadas; además, deberá facilitar materiales pedagógicos, científicos, tecnológicos, lúdicos, deportivos, culturales y los instrumentos adecuados para cualquier tipo de expresión artística;
- j) Estimular en todos los niveles de enseñanza el desarrollo de la inteligencia y del pensamiento autónomo, crítico y creativo, respetando la iniciativa y las características individuales de cada niña, niño o adolescente;
- k) Garantizar modalidades y horarios escolares especiales que permitan a los adolescentes trabajadores asistir regularmente a sus centros de estudio;
- l) Diseñar estrategias para erradicar la deserción educativa;
- m) Incluir en los programas educativos temas relacionados con la nutrición, la educación sexual y reproductiva, el embarazo precoz, la equidad y violencia de género, las drogas, las enfermedades infecto contagiosas y el medio ambiente y garantizar la permanencia en el ámbito escolar y no discriminación de las niñas y adolescentes madres, embarazadas o víctimas de violencia;
- n) Propiciar la comunicación y la creación de redes sociales entre las autoridades educativas y los padres, madres, representantes o responsables de niñas, niños y adolescentes;
- o) Promover las investigaciones sobre la educación y tomar en cuenta las mejores propuestas relativas a la pedagogía, didáctica, evaluación, currícula y metodologías planteadas por expertos u organismos internacionales, que correspondan a las necesidades de las niñas, niños y adolescentes;
- p) Supervisar el desempeño y aplicación de métodos pedagógicos con la finalidad de garantizar la calidad educativa en centros públicos y privados; y,
- q) Establecer una política financiera destinada a cumplir con la educación integral de la niñez y adolescencia.

El anterior listado de responsabilidades, se distingue de las “obligaciones” que preceptúan los artículos 81 y 83, en cuanto al carácter general y marco de acción garantista de éstos últimos, frente a la especificidad de acciones de las explícitas en el artículo 86. De esa manera, verbigracia el literal “b” que responsabiliza al Estado en “Procurar asistencia alimentaria gratuita en los centros públicos de educación inicial, parvularia y primaria” constituye la especificidad de una acción garantista para el derecho a la educación de forma integral. Es decir que las acciones específicas, distinguidas con la denominación de “responsabilidades” constituyen deberes de prestación que se corresponden con la obligación legal general de garantizar el derecho a la educación “...mediante el desarrollo de políticas educativas integrales idóneas para asegurar una educación plena y de alta calidad...” y garantizar “... los recursos económicos suficientes para facilitar las acciones destinadas al cumplimiento de estos derechos...” (Artículo 81). Por tanto, ninguna de las responsabilidades estatuidas en el artículo 86 resultan elementos aislados de la obligación general de cumplimiento y garantía de la educación como derecho humano.

Estas responsabilidades, también constituyen un mínimo de acciones de satisfacción del derecho a la educación, distinguiéndose nuevamente la importancia de su incorporación a la Política Nacional de Protección Integral, con la advertencia hecha de que como plataforma de acción resultan relevantes en las estrategias adecuadas para el Sistema educativo (educación en derechos humanos, la identidad cultural, el pensamiento autónomo y crítico, erradicación de la deserción escolar, entre otros), pero no por tal, constituyen las únicas acciones a incorporar en la Política Pública de educación. Otros aspectos vinculados, por ejemplo, a la participación activa en la toma de decisiones vinculadas a la Escuela, la lucha contra el maltrato en centros educativos, deberán formar parte de las responsabilidades (y acciones), específicas del Estado.

El artículo 84 de la LEPINA merece especial atención por tratarse de la población de NNA que se encuentran en una situación de protección especial por los retos extraordinarios que impone alguna discapacidad, como ya hemos tratado en esta obra, y que en el área educativa requiere de programas y acciones idóneas con la prestación de un servicio de características y deberes de prestación que se distinguen como acciones positivas a favor del derecho a la educación de esta población determinada.

Así, dispone el artículo en referencia:

**Título III
Derecho al Desarrollo
Capítulo II
Educación y Cultura**

Artículo 84.- Discapacidad y educación

El Estado garantizará programas integrados o especiales según el caso, para las niñas, niños y adolescentes con discapacidad física o mental, especialmente destinados a asegurarles el acceso efectivo a la educación, la capacitación y las oportunidades de esparcimiento.

Los centros educativos públicos y privados deberán adecuar su infraestructura para garantizar el acceso a este derecho.

Los programas que el Estado debe garantizar, según los casos, serán:

- a. **Integrados**, que permitan el desempeño educativo de NNA en escuelas regulares, para lo cual deben cimentarse acciones al interior de la capacidad docente y de la estructura educativa que permitan dar cumplimiento a la premisa principista que todo NNA tiene el derecho a ser tratado con igualdad, y en tal sentido a permanecer en un ambiente educativo regular, que le considere parte de la comunidad en que se desenvuelve, al margen de su discapacidad. Así, se deben preferir siempre estos programas integrados y sólo excepcionalmente los programas especiales, puesto que la discapacidad, por lo general no debe constituirse en una razón para la exclusión social y educativa. Adicionalmente, la integración a temprana edad resulta, sin duda, de importancia sustancial en el desarrollo del niño o niña, y en factor influyente para su desarrollo. El máximo esfuerzo del Estado debe concentrarse en la integración del NNA con discapacidad en la Escuelas regulares, lo que impone, como hemos dicho, acciones integrales que incluyen a toda la comunidad educativa. Familias, docentes, autoridades educativas, personal de los Centros Educativos, Infraestructura, además de la importante sensibilización, orientación y formación adecuada de docentes y los propios educandos.
- b. **Especiales**, Cuando existen necesidades especiales en determinadas discapacidades que requieren la participación de equipos interdisciplinarios con múltiples atenciones, por ejemplo, médicos, terapeutas ocupacionales, fisioterapeutas, psicólogos, pedagogos, u otros, se requerirá de un proceso distinto con atención especializada en otras áreas de las ciencias, adicionales a la educación, de acuerdo con sus necesidades específicas. No obstante, la combinación de la especial atención no niega la integración en escuelas regulares, salvo casos muy específicos. Por ello, es siempre lo deseable la preferencia que se dé a los programas integrados, o en todo caso, la combinación de ambas estrategias, principalmente desde la más temprana edad.

Título III
Derecho al Desarrollo
Capítulo II
Educación y Cultura

Artículo 87.- Responsabilidad de las madres, padres, representantes o responsables en materia de educación

Es responsabilidad de los padres, madres, representantes, y responsables de las niñas, niños y adolescentes:

- a) Inscribir a la niña, niño o adolescente oportunamente en un centro educativo;
- b) Incentivar, exigir y verificar la asistencia regular a clases y participar activamente en todo su proceso educativo;
- c) Garantizar el máximo aprovechamiento de los medios de enseñanza que se les proporcionen;
- d) Respetar y vigilar porque se cumplan los derechos educativos de las niñas, niños y adolescentes, así como denunciar las posibles violaciones a esos derechos;
- e) Denunciar actos contrarios que atenten contra la vida y la dignidad de las niñas, niños y adolescentes; y,
- f) Dar a conocer a las niñas, niños y adolescentes las instancias donde deben acudir en caso de atentar contra la vida e integridad de ellas y ellos.

En consonancia con el principio de corresponsabilidad y con uno de los elementos que configuran el ejercicio de la Autoridad Parental o patrio poder, la LEPINA determinó también un mínimo de responsabilidades de las familias (padres, madres), representantes o responsables en materia de educación.

En efecto, el pensamiento legislativo resulta apropiado en exigir determinadas responsabilidades relacionadas a la educación como derecho humano a quienes tienen bajo su encargo natural, inmediato, diario y directo la crianza y formación integral de NNA, pues no basta con que el Estado proporcione los medios idóneos, por ejemplo, para la educación gratuita si padres o madres no inscriben oportunamente a sus hijos en los centros educativos. En tal eventualidad, el Estado cumple y los progenitores fallan. Especial cautela debe tenerse en estas responsabilidades que, en muchos casos, pueden responder a déficits estructurales en las familias (por no decir causas estructurales), resultantes de la combinación de múltiples factores culturales, ideológicos, socioeconómicos, que son expresión de también serias deficiencias en las políticas generales del Estado para fortalecer a las familias en la comprensión, concienciación y prácticas cónsonas con los derechos humanos. Por esta razón es que la LEPINA sabiamente incluye como medidas de protección la inclusión de las familias en determinados programas de los establecidos en la misma ley, tales como aquellos que darán cumplimiento o materializarán las políticas sociales básicas o las de asistencia, contenidos en los literales “a” y “b”, respectivamente, del artículo 111, coherentes también con el contenido mínimo de estas políticas y programas que establece el artículo 113 para el fortalecimiento del papel fundamental de la familia en la sociedad. Por tales razones, debe tenerse especial cuidado en las resoluciones administrativas o judiciales que “juzguen” a priori el incumplimiento de la responsabilidad de padres y madres en materia educativa, sin adentrarse en las condiciones particulares de estas familias.

Es básico entonces que en cada una de las responsabilidades estatuidas en este artículo 87, en casos de "violaciones" o incumplimiento a tales deberes, se contextualice un estudio exhaustivo de las condiciones de las familias o responsables para la determinación de la más apropiada medida de protección, adicional a la inclusión del NNA por ejemplo en la matrícula escolar, dirigida a la superación de las causas estructurales que han dado origen a tal incumplimiento. Hacerlo de forma mecánica, es decir, "sancionar" a padres o madres, o a ambos a través de una medida de protección, amén de ser contrario al espíritu legislativo de la LFPINA, en nada produce las transformaciones necesarias para la reafirmación de la familia como grupo natural del desarrollo e integración social.

Título III Derecho al Desarrollo Capítulo II Educación y Cultura

Artículo 88.- Responsabilidad de los centros educativos públicos y privados

Las autoridades educativas comunicarán a las madres, padres, representantes o responsables de las niñas, niños o adolescentes, así como a los organismos de administración escolar los casos de deserción escolar, los índices de reprobación y las reiteradas inasistencias injustificadas.

Las autoridades educativas también estarán obligadas a denunciar cualquier forma de amenaza o violación a la integridad física, psicológica y sexual de las niñas, niños y adolescentes, que se realicen dentro o fuera de los centros educativos.

Una obligación de comunicación y otra de denuncia se derivan de la anterior norma transcrita.

La primera, es decir la obligación de comunicación, para prevenir efectivamente el desaprovechamiento escolar, que consiste en la debida notificación a madres, padres, representantes, responsable y organismos competentes los casos de deserción escolar, las reprobaciones y las inasistencias injustificadas. Creemos que esta norma ha debido ampliarse en comunicación efectiva a las Juntas Departamentales de protección, por la incidencia que estas puedan tener en dictar la medida de protección adecuada y a tiempo. No obstante esta consideración, la obligación de notificación o comunicación acá establecida resulta una relevante norma para la actuación a tiempo tanto de las autoridades educativas, como de padres y madres, además de constituirse en un excelente mecanismo para el binomio de Escuela-familia, hoy día tan diluido y escabroso.

La segunda, constituye una obligación de denuncia ante cualquier situación que amenace o viole la integridad física, psicológica o sexual de NNA, de las que tengan conocimiento, aún cuando estas se realicen fuera del establecimiento educativo. La legitimación que esta

norma proporciona a las autoridades educativas para actuar como denunciantes no es una elección, sino una obligación, por lo que su desconocimiento acarreará responsabilidades civiles, penales y administrativas, según sean los casos, puesto que cuando la obligación de denuncia se deriva de un mandato legal, su incumplimiento constituye delito.

Título III Derecho al Desarrollo Capítulo II Educación y Cultura

Artículo 89.- Disciplina escolar

Los centros educativos públicos y privados deberán enseñar el valor de la disciplina y respeto a los profesores, alumnos y todas las personas.

En la imposición de medidas disciplinarias, los centros educativos están obligados a respetar la dignidad, derechos y garantías de toda niña, niño y adolescente. En consecuencia, está prohibido el abuso y maltrato físico y psicológico y cualquier forma de castigo cruel, inhumano o degradante.

Se prohíbe la aplicación de sanciones corporales, colectivas y las que tengan por causa el embarazo o maternidad de la estudiante. La imposición de toda medida disciplinaria deberá ser oportuna y guardar la debida proporcionalidad con los fines perseguidos y la conducta que la motivó.

Sólo podrán imponerse sanciones por conductas previamente tipificadas en el reglamento del centro educativo y que no contravengan lo dispuesto en la presente Ley y las normas aplicables a la materia. En todo procedimiento orientado a establecer la responsabilidad de la niña, niño o adolescente por un acto de indisciplina en un centro educativo, se garantizará el derecho al debido proceso y la defensa del estudiante por sí mismo o por su madre, padre, representante o responsable.

Muchos de los Códigos y Leyes de Protección a los derechos de la niñez y adolescencia de la Región de ALC han consagrado normas similares a la LEPINA para regular de forma precisa la Disciplina Escolar. Mientras por ejemplo las leyes de Venezuela (Artículo 57), Ecuador (artículos 40 y 41) y República Dominicana (Artículos 48 y 49) resultan exhaustivas en las determinaciones legales sobre disciplina Escolar, la Ley de Guatemala es muy concisa y general en este aspecto (Artículo 43).

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 28.2 establece de forma indubitable la incompatibilidad de cualquier acto de autoridad escolar contrario a los derechos y la dignidad humana, cuando expresa que. **“Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención”** .

Se trata sin duda de una limitación al poder discrecional de las autoridades educativas y maestros en la imposición de medidas disciplinarias, y no como muchos han confundido al pretender explicar las normas estatuidas en la CDN al respecto, y en las leyes nacionales, interpretando que se prohíben los actos y correcciones disciplinarias.

La Escuela que no nació como un derecho humano, sino como un mecanismo de control social, y particularmente como modelo de perpetuación de la dominación y perpetuación

de los detentadores del poder y sus factores de autoridad y supremacía sobre el resto de la sociedad; se caracterizó por ser un modelo represivo, legitimado. En efecto, el castigo corporal, las humillaciones y vejámenes físicos, morales y psicológicos, constituyeron parte integrante de la Institución escolar desde su nacimiento. El ejercicio de la autoridad entendida como poder ilimitado para maltratar y abusar, eran considerados no sólo como deber de las familias, sino también en las escuelas. Con la obscena motivación de formar a la niñez para su desenvolvimiento social, se practicaron (y aún se practican), todo tipo de castigos y abusos. La Escuela, como ya hemos analizado en esta obra, constituyó así uno de los modelos de organización y práctica de la cultura de situación irregular que bajo el concepto de "lástima, compasión y represión", legitimó un proceso socio-cultural e institucional de tratamiento denigrante hacia los "menores". Como también hemos afirmado, es este uno de los orígenes de la tutela represiva del Estado. A pesar de las conquistas histórico-sociales de la Escuela y de la Educación en general como un derecho humano, aún persisten prácticas contrarias a la dignidad al interior de las Escuelas que, con mayor o menor sutileza, enmascaradas bajo el manto de las palabras o ejecutadas directamente con el maltrato físico; defenestran el derecho a la dignidad de las niñas, niños y adolescentes. Todavía quedan muchos que expresan, por ejemplo, que "letra con sangre entra".

Se impone entonces que el "deber ser" de las normas que reconocen la dignidad humana y los derechos a NNA, se materialice en actos concretos en el ámbito de la disciplina escolar. No se trata exclusivamente de administrar disciplina acorde con la dignidad humana, en el sentido más general, sino además, como bien lo define la CDN: "...de conformidad con la presente convención...", lo que implica que todo el contexto de legalidad formal, material, sustantiva y procedimental es parte del ejercicio de la autoridad disciplinaria, como también lo es el respeto a todos los derechos postulados en este instrumento internacional, por lo que los actos de ejecución disciplinaria respetarán en su integridad los derechos humanos de la niñez y adolescencia, con fundamento en el principio del interés superior del niño que explicita resumidamente y en aplicación de la disciplina escolar el hecho de que cualquier decisión que corresponda tomar a las autoridades educativas debe considerar primordialmente los derechos y garantías de NNA.

En efecto, "Eso quiere decir lo siguiente: niños y adolescentes pueden limitar la autoridad ajena siempre que se cometa **omisiones o abusos**. Sin embargo, no pueden hacerlo cuando se trata del uso de la autoridad. Los pueblos que firmaron la Convención son celosos de la autoridad de los padres y de las autoridades constituidas en la organización social de cada Estado Parte. Ante la Convención, el uso de la autoridad se limita a sí mismo pero, en la práctica, el abuso y la omisión generalmente dependen de la reacción de los que padecen. Sin embargo, eso solamente es posible cuando niños y adolescentes entienden el carácter amenazador o violador de la omisión y del abuso de la autoridad y, en consecuencia, tienen condiciones de determinarse según ese entendimiento. Si no las tienen, otras personas que integran la familia, la sociedad y el Estado pueden actuar por ellos. Sencillo ¿no? No. Las personas tienen el vicio de entender esas cosas al revés. Fueron condicionadas por la mala doctrina jurídica a ver niños y adolescentes como **incapaces**, aunque diariamente los vean como perfectamente **capaces** de practicar travesuras, desobediencias y pequeñas (o grandes) maldades. Profunda paradoja del día a día, ¿no es verdad? Para enfrentar mejor esa situación, los romanos (hace más de dos mil años) decían que, en relación a los infantes, **malitia suplet aetatem** (la malicia suple la edad). Veamos casos concretos. Primera situación: la madre en el hogar o la maestra en la escuela resuelven castigar al hijo o al alumno. Se trata de un acto de autoridad que puede y debe ser ejercido por la madre o la maestra dentro de los límites del **uso**, correspondiendo a ambas explicar al hijo o al alumno que se trata de

un uso legítimo de la autoridad. Segunda situación: la madre o maestra **maltratan** al hijo o al alumno. Se trata de un **abuso** de autoridad que va más allá del **uso** de la patria potestad o del reglamento de la escuela, cabiendo al hijo o al alumno decir a la madre y a la maestra que se trata de un abuso. El problema es, por naturaleza, complejo. El propio reglamento de la escuela puede equivocadamente prever el maltrato en lugar de castigo. La propia madre puede pensar estar castigando cuando en verdad maltrata. La propia idea de **castigo** como reacción a una conducta indebida se encuentra hoy ampliamente cuestionada. Madre y maestra pueden ver en la acción del hijo o del alumno una conducta indebida, cuando lo que éstos practican es el legítimo uso de la libertad. De todas formas, lo que está en juego es el límite entre el castigo y el maltrato, entre la reacción a la conducta indebida y la práctica de la libertad. Muchos casos de interpretación entre lo que es el uso de la patria potestad o uso del reglamento escolar y el respectivo abuso (o el límite entre uso y los desvíos practicados por policías) van a parar a los Consejos Tutelares brasileños. En verdad, la ley brasileña prevé que esos Consejos sean creados en los Municipios exactamente para ese fin: hacer cumplir la Convención. El derecho del uso de la libertad para restringir la autoridad dañina emana del hecho de que se reconoce al hijo y al alumno la capacidad real de entender el alcance de las normas familiares y escolares y por tanto determinarse (actuar por sí mismos) para poner las cosas en sus debidos lugares. Si la madre y maestra insisten en la punición dañina, se reconoce al joven el derecho de manifestar su voluntad al infractor (cuando quien infringe es la madre o la maestra) y, si es el caso, no solo de manifestar verbalmente su voluntad, sino también de actuar, por sí mismo, para recurrir a una autoridad competente: en Brasil, el Consejo Tutelar. A esa autoridad constituida cabe atender los casos de amenazas y violaciones a derechos de niños y adolescentes en la familia, en la escuela en la vía pública, en las entidades privadas y en los servicios públicos en general."¹⁰⁶

Hecha esta necesaria referencia que permite distinguir el uso del abuso de autoridad en el ejercicio de medidas disciplinarias, bien de la autoridad educativa, bien de madre o padres, o de cualquier otra autoridad, debe quedar claramente definido el objeto del artículo 89 de la LEPINA, que persigue, en primer lugar y en consonancia con el artículo 86."P", enseñar (bajo modalidad y dimensión cognitiva, que implica una práctica recíproca) el valor de la disciplina y respeto a los profesores, alumnos y todas las personas. En realidad, para este autor, siempre el valor del respeto, la tolerancia, la disciplina se encuentra vinculado a la conciencia y práctica de los derechos mismos, por ello la concatenación con el mencionado artículo 86 que responsabiliza al Estado en materia educativa a difundir y promover los derechos de los niños, niñas y adolescentes, así como la adecuación de la curricula escolar cónsona con tales objetivos y la defensa material de los derechos por parte de NNA que ya hemos analizado en el artículo 50.

También tiene por finalidad el artículo 89 una protección general a toda NNA en el medio escolar, que se particulariza cada vez que se propongan la imposición de medidas disciplinarias, con la obligación de respetar su dignidad, derechos humanos y garantías, por lo que cualquier acto de "disciplina" que contenga abusos, maltratos o cualquier forma de castigo cruel, inhumano o degradante, será considerado como una violación a aquellos derechos, y por tanto, excluido de ser considerado como medida disciplinaria.

Tal disposición se aplica a todos los centros educativos, sean públicos o privados, y en cualquiera de sus niveles y modalidades, y constituye una limitación clara al ejercicio de la autoridad escolar, cuando restringe a esta con obligaciones de no hacer o abstenerse al prohibir abusos, maltratos y castigos crueles, inhumanos o degradantes, y obligaciones de hacer, porque toda medida disciplinaria se ejecutará con respeto a los derechos y garantías de NNA.

Para el cometido de la norma, es decir, como mecanismos para el logro de estas prestaciones principales, se destacan:

1. **La legalidad sustantiva de las sanciones**, puesto establece la norma el principio de “non disciplina, non mores facit” equivalente al principio en materia penal de “nullum crimen, nullum poena, sine lege”, del que se deviene que no habrá sanción disciplinaria sin que esté contenida previamente en el reglamento del Centro Educativo. En esta misma disposición se consagra que tal Reglamento Disciplinario no podrá ser contrario a la LEPINA ni a las normas de la materia. Ello conduce a una particular obligación por parte de los Centros Educativos que se resume en que cada Institución Educativa debe determinar el Reglamento Disciplinario, con estricto apego a la dignidad y los derechos humanos de NNA estatuidos en la Ley –LEPINA–, en los tratados internacionales en la materia y en la respectiva Ley de Educación. Priva de esa manera la protección sustantiva, porque cualquier Reglamento disciplinario escolar que establezca sanciones que contraríen los principios, postulados y normas de derechos humanos de la niñez y adolescencia estará afectado de nulidad, y por otra parte, sólo se podrá sancionar disciplinariamente a una NNA, cuando previamente el Reglamento de Disciplina Escolar haya tipificado previamente el acto como conducta contraria a la disciplina en el ámbito educativo. Tal determinación normativa, evita la discrecionalidad de maestros, educadores, directivos y personal docente en general que, durante muchos años, impone sanciones por actos que a su “libre arbitrio” consideran conductas “inapropiadas” o “inaceptables” en alumnas y alumnos, sin que ello se encuentre previamente definido como tal en Ley.
2. **La legalidad procedimental o adjetiva**, por cuanto la norma establece el derecho al debido proceso y a la defensa del estudiante, bien por sí mismo o por su madre, padre, representante o responsable. De allí que de ningún modo pueda sancionarse sin procedimiento administrativo previo, lo que resume el principio de legalidad adjetiva formal del acto sancionatorio: “nullum poena, sine processum”. Este garantiza que todo acto que se presume constituye una conducta de indisciplina, previamente definida en el Reglamento Escolar, sea llevado a un proceso administrativo –antes de la imposición de la sanción–, que observe los elementos esenciales del debido proceso: entre ellos, como mínimo, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la oportunidad de descargo de las imputaciones, el derecho a opinar y ser oído, e inclusive, recurrir a la reconsideración del acto mismo, o a la revisión de autoridad administrativa jerárquica, y judicial, según sea el caso.

De lo antes dicho, se determina la importancia que reviste la norma 89 de la LEPINA, al tiempo que supone un conjunto de medidas de adecuación al interior de los centros educativos para asegurar que la disciplina escolar sea efectivamente ejercida, pero con respeto a los derechos humanos de la niñez y adolescencia. De esa manera, los Centros Educativos deben adecuar sus reglamentos internos, y en particular los reglamentos disciplinarios, para lo que es ideal que:

- Existan directrices generales que emanen de las autoridades del sector ejecutivo de educación, y aún más ideal que niñas, niños y adolescentes no sólo conozcan el o los Reglamentos Disciplinarios, sino que además participen en su diseño de forma protagónica y activa.
- También supone que en la definición de las normas o tipos disciplinarios, se determinen las conductas no sólo de niñas, niños y adolescentes, sino también las del personal docente y autoridades educativas respecto a los primeros.
- El Reglamento debe garantizar la igualdad de todas y todos los estudiantes, por lo que no deben establecerse normas que determinen tratamientos diferenciales o desiguales, así como el derecho a la libre personalidad, por lo que tales normas constituirían vicios violatorios de derechos establecidos en la LEPINA, tales como formas de hablar, de vestir, de peinarse, etc.
- Es labor de las Escuelas y Centros Educativos públicos y privados, informar debidamente, en forma pedagógica, a cada niña, niño o adolescente sobre la existencia y contenido de los Reglamentos disciplinarios. Resulta así determinante el efecto preventivo que tiene tanto la participación en la elaboración del respectivo Reglamento, como la difusión y debate de éstos por parte de NNA, puesto que en la medida que sea más conocido el Reglamento, y se consustancia más con el nivel cognitivo de las y los estudiantes, en esa misma medida se minimizan los actos que constituyen faltas disciplinarias.
- Las maestras y maestros, ni ningún otro personal puede imponer sanciones de forma directa, inmediata o automática, tales como “expulsiones del aula”, por cuanto cualquier medida debe ser llevada a procedimiento disciplinario, no siendo potestad discrecional de las y los educadores.

Como antes hemos afirmado, Las Juntas Departamentales de Protección tendrán en este sentido una importante misión, por cuanto ante la ocurrencia de sanciones que violen o menoscaben, o amenacen los derechos de NNA, a su vez, están legitimadas para dar inicio al procedimiento en fase administrativa de las medidas de protección a que hubiere lugar.

Los Tribunales de Protección, frente a eventuales Reglamentos Disciplinarios que sean contrarios al marco de derechos y obligaciones que impone la LEPINA, y en particular a las prestaciones de hacer y de abstenerse, así como a los principios de legalidad sustantiva y procedimental; afectando derechos colectivos y difusos, darán inicio, conforme al proceso pautado en la ley, a la acción judicial de protección. La práctica judicial en este sentido, así como las probanzas propias del proceso que caracterizarían la visión de los jueces en la forma de decisiones está orientada no sólo por las disposiciones del artículo 89 de la LEPINA, sino particularmente por un análisis de estricto derecho “iuris et de iuris” que frente a presunciones generales de los principios de derechos, ameritan del análisis confrontado del Reglamento sometido a juicio por violentar tales principios y derechos, las normas que lo integran, y los principios generales de derechos humanos, los principios particulares de derechos de la niñez y adolescencia, y los principios universales de legalidad sustantiva y procesal, por lo que en general, en estos procesos de protección, derivados de la inobservancia o concepción

de Reglamentos que ignoran tales principios o establecen normas disciplinarias contrarios a ellos, no requieren de prueba o actividad probatoria de hecho, sino fundamentalmente de análisis de mero derecho, entre el Reglamento enjuiciado como amenazante o violatorio de los derechos colectivos o difusos, y los principios, postulados y normas de protección a los derechos humanos de la niñez y adolescencia.

Título III Derecho al Desarrollo Capítulo II Educación y Cultura

Artículo 90.- Derecho al descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho al descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego.

El ejercicio de los derechos consagrados en esta disposición debe estar dirigido a garantizar el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y a fortalecer los valores de solidaridad, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente, el Estado debe garantizar campañas permanentes dirigidas a erradicar la utilización de juguetes y de juegos bélicos o violentos.

El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe garantizar programas de recreación, esparcimiento, juegos deportivos y descanso, dirigidos a todas las niñas, niños y adolescentes, en particular para aquéllos con discapacidad. Estos programas deben satisfacer las diferentes necesidades e intereses de las niñas, niños y adolescentes y fomentar, especialmente, los juguetes y juegos tradicionales vinculados con la cultura nacional, así como otros que sean creativos o pedagógicos.

Artículo 91.- Espacios e instalaciones para el descanso, recreación, esparcimiento, deporte y juego

El Estado debe garantizar la creación y conservación de espacios e instalaciones públicas dirigidas a la recreación, esparcimiento, deporte, juego y descanso, tales como parques y ludotecas.

El acceso y uso de estos espacios e instalaciones públicas es gratuito para las niñas, niños y adolescentes que carezcan de medios económicos.

La planificación urbanística debe asegurar la creación de áreas verdes, recreacionales y deportivas destinadas al uso de las niñas, niños y adolescentes y sus familias, facilitando especialmente el acceso para aquellas personas con discapacidad.

Los últimos dos artículos del Título III, Libro Primero de la LEPINA prescriben regulaciones esenciales para el desarrollo de Niñas, Niños y Adolescentes.

En efecto, el descanso, la recreación, el esparcimiento, deporte y juego constituyen parte integral de la formación y el desarrollo desde la primera infancia, pasando por las distintas etapas de la vida de niñas, niños y adolescentes. Estos aspectos, en el devenir del crecimiento personal en lo biológico, mental, físico, emocional y social resultan componentes de la

identidad, el género, la autoestima, convivencia e interacción, formando un contexto individual y sociocultural propicio para la vida y la salud, la supervivencia y el desarrollo, la participación libre y autónoma, por lo que están relacionados íntimamente con los grupos de derechos anteriores.

El artículo 90 de la LEPINA declara y reconoce todos estos aspectos como derechos humanos, en consonancia con el artículo 31 de la CDN, que es a su vez fundamento de los artículos 81 y 83 de la ley, los cuales hemos comentado, por el carácter amplio que la norma internacional establece, cuando expresa que:

“Artículo 31

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.
2. Los Estados Partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y propiciarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.”

Con base en la adecuación nacional a la norma de la CDN, la LEPINA desarrolla el objeto del derecho al descanso, recreación, esparcimiento, deportes y juego, estableciendo que todos estos derechos se dirigen como propósito a garantizar el desarrollo integral, a fortalecer los valores de solidaridad, tolerancia, identidad cultural y conservación del ambiente. Es claro de esa manera que la intención legislativa y la función primordial de los derechos a que se contrae la norma en la LEPINA persiguen un bienestar particular en la vida, salud, cultura y educación de NNA. Ciertamente, no se trata de que estos derechos se ejerzan de cualquier forma, puesto que, por ejemplo, no cualquier forma de recreación o juego, deporte o expresión cultural, constituyen herramientas para el desarrollo y la formación integral. Como sabemos, muchas de estas actividades, son por el contrario, perjudiciales a los derechos de NNA, y en especial, aquellas que embisten contra la formación en un ambiente y con una cultura de paz, como los juegos bélicos, que hoy día no se circunscriben a juguetes físicos (soldaditos de guerra, armas plásticas o de hierro), sino que a través de herramientas tecnológicas e informáticas, como los juegos electrónicos; dirigen una perniciosa carga de alienación conductista a la agresividad, la violencia, el irrespeto a los demás seres humanos, la muerte y las guerras. Tampoco cualquier forma de “deporte” constituye elemento formativo, o cualquier expresión cultural, ya que son múltiples las producciones “artísticas”, en formas de “dibujos animados”, “películas” u otras que llevan la misma carga de alienación descrita, o “deportes” que no son tales, sino más bien formas de violencia que desprecian la formación en paz y tolerancia, como la matanza de animales, e incluso de seres humanos.

Por estas razones, la ley se encarga de adjetivar claramente el propósito de estos derechos cuando los califica sólo como aquellos que están dirigidos al desarrollo integral y a los valores indicados.

Como en la mayoría de las normas en donde se reconocen derechos en la LEPINA, se crean obligaciones y mecanismos para su realización plena. En tal sentido, en estos dos artículos, 90 y 91, al Estado se le asignan prestaciones positivas de cumplimiento de los derechos reconocidos, como las campañas permanentes dirigidas a erradicar la utilización de juguetes y juegos bélicos o violentos (artículo 90) y a su vez la creación y conservación de espacios e instalaciones dirigidas al ejercicio efectivo de los derechos a la recreación, esparcimiento, deporte, juego y descanso, tales como parques y ludotecas (artículo 91). Ello impone la planificación y asignación de recursos financieros a escala nacional, aunque la parte final del mismo artículo, también impone similar obligación a los Municipios y Departamentos, y también al sector privado, al establecer que la planificación urbanística debe asegurar la creación de áreas verdes, recreacionales y deportivas. Además de los recursos, se descubre en el propósito de esta regulación que la ordenación del desarrollo urbano está irremisiblemente obligada a partir de una planificación acorde con el ejercicio real de estos derechos. En este sentido, existen experiencias internacionales apropiadas en donde no sólo se ha adaptado toda la planificación urbanística a los derechos de recreación, juego, deportes y esparcimientos de las niñas, niños y adolescentes, sino que esta misma población participa en las propuestas de diseño de esta planificación, por ejemplo, en Italia, en la ciudad de Fano, desde el año 1992 se han ejecutado diversos programas de participación, juego y recreación de la niñez, en donde además de que un domingo al mes la ciudad entera es de y para los niños, sin tránsito vehicular, donde calles y espacios públicos son exclusivamente para el juego, el deporte, ejercicios en bicicletas, etc.; también participan en la elaboración de publicaciones municipales hechas por niños, niñas y adolescentes, diseño de escuelas, etc.; en particular se inició y dio continuidad a una experiencia de proyectos de ordenación urbana, en donde la concepción de los espacios e instalaciones, envuelve a los "jóvenes arquitectos que trabajan con los grupos de niños...haciendo conocer a los administradores los puntos de vista, las exigencias y las propuestas de los niños, para que aquellos espacios proyectados por ellos sean tenidos en cuenta por el profesional a quien se confíe el proyecto y la realización correspondientes..."¹⁰⁷ Como esta experiencia, también en la ciudad de Fano, su Comuna ha desarrollado diversos programas integradores de la participación de la niñez en el diseño de parques, escuelas, plazas públicas, espacios de recreación, etc que se han convertido en referencia del cambio de óptica y el desafío que implican transformaciones sustanciales en el modo de ver, organizar y desarrollar la ciudad, desde la visión de la niñez y con apego a sus requerimientos, aspiraciones, opiniones y participación directa.

También la sociedad, junto al Estado está obligada a participar activamente, en particular para la garantía de programas recreativos, deportivos, de esparcimiento y descanso, con énfasis en aquellos dirigidos a NNA discapacitados. Tampoco se trata de cualesquiera programas, sino que la ley los califica, ordenando que los mismos deben satisfacer las necesidades e intereses de la población de niñez y adolescencia, lo que obliga a que sean acordes con su edad, desarrollo y con los principios de derechos, antes analizados; y también obliga a que tales programas estén dirigidos a fomentar la creatividad, ser pedagógicos y vinculados a la cultura nacional.

107 Francesco Tonucci, La Ciudad de los Niños, un modo nuevo de pensar la ciudad, p. 157, 158

Al igual que hemos indicado en las anteriores normas en donde se generaliza obligaciones de hacer o prohibiciones a las instancias del Estado y la Sociedad; insistimos en la importancia que ello tiene para la Política Nacional de Protección Integral, y en tal sentido el papel que debe jugar el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia para que todos y cada uno de estos elementos formen parte de las políticas de Estado en la garantía de tales derechos, e igualmente el papel que juegan los Órganos judiciales especializados en el procesamiento de las acciones de protección cuando se violenten o menoscaben tales derechos en forma colectiva o difusa. Con frecuencia, la cultura, el deporte, la recreación, el juego y esparcimiento ocupan un irrisorio lugar en la planificación y destinación presupuestaria, teniendo como efecto que cada día son menos los lugares y espacios para las actividades propias de NNA en ese sentido, por lo que se requiere de especial vigilancia a Departamentos, Municipios y Estado Nacional en la incorporación efectiva de estos derechos en la política pública, y la denuncia por parte de los legitimados (entre ellos el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia), para que, en caso de ausencia de políticas públicas en tal sentido, o deficiencias en la prestación de estos servicios, o falta de mantenimiento de los lugares; se ejerza la debida acción de protección.

Capítulo VII

DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

-Petición, Expresión, Información, Reunión, Pensamiento, conciencia y religión. Protectores especiales-

I. Derecho de Participación:

a. La ciudadanía progresiva de NNA y los Derechos de participación

En nueve artículos, que condensan una actividad legislativa de profunda dimensión transformadora de la condición de NNA como sujetos de derechos, la LEPINA norma los derechos de participación de esta población.

En el mundo, a partir de la CDN y la producción legislativa, doctrinaria y jurisprudencial, la niñez y adolescencia ha estado conquistando derechos políticos a la participación, adecuados a la madurez y desarrollo biológico, social y psicológico, es decir, a la evolución de sus facultades, como bien lo enuncia la CDN en sus artículos 12 y 14, y también normado por restricciones expresas y absolutamente tasadas, como por ejemplo la libertad de expresión, únicamente restringida o restringible por ley en razón del respeto a los derechos o la reputación de las demás personas, o para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas (Artículo 13 CDN).

Que las niñas, niños y adolescentes tengan derechos políticos parece un asunto que deba aclararse en su naturaleza, alcance y profundidad. Ya en el artículo 2 la CDN, al prohibir la discriminación y expresar el derecho a la igualdad, se encargó de afirmar como principio contundente y categórico que las NNA tienen derechos políticos: "...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...(omissis)...**la opinión política o de otra índole...**"

Así, los derechos de participación consagrados en los artículos 12 al 15 y 17 de la CDN, son sin duda derechos políticos de NNA.

Pero, delimitemos de forma ampliada las consideraciones anteriores. Al menos dos interrogantes nos permitirán develar lo que hasta ahora hemos afirmado al respecto.

1. Si los derechos de participación son Derechos políticos a la ciudadanía ¿A qué ciudadanía nos estamos refiriendo? ¿Cómo se le define?
2. ¿Tiene la ciudadanía en los NNA las mismas características y alcance que la ciudadanía en los adultos?

En cuanto a la primera interrogante: ¿A qué ciudadanía nos referimos y cómo se le define?, debemos afirmar que en realidad, el grupo de derechos a la participación conjuga una gama de derechos políticos que constituyen el desarrollo del reconocimiento de las niñas, niños y adolescentes como sujetos iguales al resto de los grupos etarios que forman el conjunto de las sociedad, misma que ha concitado durante muchos siglos la anulación de estos derechos, por considerarlos privativos del ejercicio de la ciudadanía, entendida en muchas constituciones políticas de los Estados, como aquella que se adquiere por efecto de la mayoría, o de otra edad, distinta a la de la mayoría y siempre superior, definida por ley. El cambio paradigmático introducido por la doctrina de protección integral a los derechos de la niñez de las Naciones Unidas; irrumpió con aquella consideración y formulación jurídico-política de la ciudadanía. En los diferentes procesos legislativos de la Región de ALC de adaptación a la CDN, estos cambios se han reflejado de forma profunda, y no sólo en estos, sino en

muchas Constituciones Políticas de países como Venezuela, Ecuador, República Dominicana, Bolivia; en donde se han consagrados, en diferentes formas y verbos, la consideración de la niñez y adolescencia como sujetos de derecho, y como parte indisoluble e indiscutible de tal cualidad, su incorporación progresiva a la ciudadanía. No obstante que otras Constituciones Políticas no declaran expresamente la consideración de NNA como sujetos a la participación; la sola consagración de éstos como sujetos de derechos, y en particular, a los derechos de supervivencia, desarrollo, participación y protección especial, ya incluye la ciudadanía progresiva y activa, y por tanto, sus derechos políticos. De esta manera, las normas constitucionales y/o legales (ley positiva y sustantiva) acerca de la ciudadanía de los niños, niñas y adolescentes es una premisa fundamental para orientar no sólo el nuevo Estado, sino también las formas de relacionamiento entre el Estado y los niños y niñas, entre las familias y el Estado, entre los niños y sus familias, y el desenvolvimiento y desarrollo de los niños en un marco de libertades fundamentales, implicando las estructuras del Estado, y la estructura e institucionalidad social para el cumplimiento y garantía de los derechos.

Por ello es que el reconocimiento de NNA como sujetos de derechos, supone un reconocimiento de ciudadanía activa, esto es, la ciudadanía social que se materializa en el ejercicio efectivo de los derechos a la Supervivencia y Desarrollo, y la ciudadanía política realizable a través del ejercicio efectivo de los Derechos de Participación. En cuanto a la ciudadanía social, hemos visto como el derecho a la identidad, por ejemplo, está adminiculado inmediatamente con la pertenencia social y familiar, eje de la integración e interacción de la niñez y adolescencia como sujetos de derechos.

La propia CDN se encarga de delimitar el alcance de la ciudadanía. En efecto, el régimen de ciudadanía de los niños, niñas y adolescentes desarrollado a lo largo de este instrumento internacional se comprende en la medida en que profundizamos en los cuatro principios fundamentales que consagra, lo cual hemos hecho en esta obra, y por tanto, solo resumiremos lo siguiente:

- **En el principio de Igualdad y no discriminación:** por cuanto Los niños son sujetos de derechos, y en su tratamiento jurídico-social no se admiten distinciones o diferencias por condiciones ni opiniones políticas, entre otras.
- **En el Principio del Interés Superior del Niño:** Ya que el mismo limita la discrecionalidad en la toma de decisiones de las demás personas naturales, instituciones públicas o privadas, lo que asiente una invaluable preeminencia de los derechos humanos en la toma de decisiones, generando consecuentemente un derecho político de exigibilidad.
- **En el Principio de Prioridad Absoluta:** toda vez que la prevalencia de los niños en las políticas públicas, la asignación presupuestaria preferente, la efectividad de los derechos a través de mecanismos y garantías institucionales, procesales, administrativas, judiciales, etc. constituye una acción política de prestación positiva debida a NNA.
- **En el principio de corresponsabilidad:** porque la trilogía Estado, familia y Sociedad, con roles claramente preestablecidos, se debe al respeto de los derechos humanos de la niñez y adolescencia en general, y en particular, debe activar los mecanismos necesarios para su cumplimiento, respetando y haciendo cumplir, so pena de sanciones legales, los derechos de participación, opinión, expresión, etc.

De esta manera, definimos que la ciudadanía de los niños, niñas y adolescentes constituye un derecho político-social, de carácter progresivo en el que la familia y la comunidad deben crear las condiciones para su ejercicio, y el Estado garantizar su cumplimiento.

Entendido así el concepto de ciudadanía de NNA; se pensará inmediata y lógicamente en el carácter progresivo de la misma, derivado de tal conceptualización, por lo que no se trata de una asunción automática y en las mismas condiciones para todos y todas las niñas y adolescentes, sino más bien gradada por la edad y evolución de sus facultades, en donde además juega un papel preponderante, como ya se ha insistido, la familia y la sociedad. De allí que la ciudadanía de los niños, niñas y adolescentes la hemos definido como un derecho político-social, de carácter progresivo en el que la familia y la comunidad deben crear las condiciones para su ejercicio, y el Estado garantizar su cumplimiento.

Como ya hemos afirmado y argumentado, la consagración de la autonomía, voluntad y libertad de los niños en el ejercicio de la ciudadanía es de carácter progresivo. Por esa razón, las normas que determinan, por ejemplo, los derechos políticos y civiles de los niños y niñas, en la CDN, están orientados en razón de su nivel de desarrollo. La CDN utiliza así la expresión “evolución o maduración de las facultades” como un elemento de carácter gradual, pero continuo en la formación y adquisición de la ciudadanía. Véanse, por ejemplo, los artículos 4 que obliga a impartir orientación sobre el ejercicio de los derechos en consonancia con sus facultades; el artículo 12 que reconoce el derecho a formarse un juicio propio de acuerdo a su edad y madurez, el artículo 14 que consagra la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el artículo 18 sobre la responsabilidad de padres y madres.

Entendido así, dos gráficos resumen lo anterior:



La Ciudadanía en el marco de la CDN

La consagración de la autonomía, voluntad y libertad de los niños en el ejercicio de la ciudadanía es de carácter progresivo. Por esa razón, las normas que determinan, por ejemplo, los derechos políticos y civiles de los niños y niñas, en la CDN, están orientados en razón de su nivel de desarrollo.

La CDN utiliza así la expresión "evolución o maduración de las facultades" como un elemento de carácter gradual, pero continuo en la formación y adquisición de la ciudadanía.

Art. 4: Impartir orientación sobre el ejercicio de los derechos en consonancia con sus facultades

Art. 12: Juicio propio de acuerdo a su edad y madurez

Art. 14: Libertad de pensamiento, conciencia y religión

Art. 18: Responsabilidad de padres/madres

La ciudadanía de los niños, niñas y adolescentes constituye un derecho político-social, de carácter progresivo en el que la familia y la comunidad deben crear las condiciones para su ejercicio, y el Estado garantizar su cumplimiento.

En lo atinente a la segunda interrogante formulada, esto es si la ciudadanía de NNA tiene las mismas características y alcance que la ciudadanía en los adultos, resulta imperioso afirmar que no guarda la misma dimensión, puesto que se trata de elementos constitutivos especiales, orientados a la formación de la ciudadanía para la adultez, y al ejercicio de derechos fundamentales para el logro de tales objetivos.

Tal como hasta ahora hemos afirmado, se trata pues de un ámbito especial de los derechos de participación, cuyo marco esencial se encuentra determinado en la CDN en lo que hemos enunciado como Ciudadanía Social y Ciudadanía Política. Hoy día se reconoce la incorporación progresiva de los niños y adolescentes a la ciudadanía, fundamentada principalmente en la consideración de las ciencias jurídicas modernas y de la especialidad de los derechos y libertades democráticas que trascienden el solo hecho electoral o los solos derechos civiles de carácter político/partidista. La extensión de los derechos civiles y políticos ha transitado un largo camino de luchas universales de los sectores o poblaciones excluidas, tales como los analfabetas, las mujeres, los niños y adolescentes. Por tanto, se ha comprendido universalmente que también son derechos políticos propios de la condición de ciudadanía, el derecho a opinar y a ser escuchado y atendido debidamente en las peticiones, sin importar la edad, el sexo u otra condición, es decir, basados en la igualdad; igualmente los derechos de asociación y reunión, de expresión, de pensamiento, conciencia y religión, entre otros. De tal manera que la ciudadanía no es hoy día un concepto jurídico de derechos políticos en strictu sensu que esta exclusivamente asimilada a la mayoría, sino un concepto jurídico en latu sensu, por lo que de nada valdría reconocer determinados derechos a los niños y decir que son sujetos de derechos, si no se les concede la titularidad de ciudadanos para ejercerlos, pues sería entenderlos con capacidad de goce, pero no capacidad de ejercicio.

También la consideración de las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos y como ciudadanos en formación progresiva permite explicar la existencia de responsabilidades de los adolescentes cuando cometen hechos punibles, y explica también su tratamiento especial y garantista en modelos de administración de justicia penal caracterizados por

la especialidad, derivada de la singular condición de desarrollo en que se encuentran los adolescentes, lo que hace que estos sistemas penales y la punibilidad se diferencie de la de los adultos, básicamente en el sistema procesal a través del que se siguen los juicios para establecer la responsabilidad de los adolescentes, y en el tipo de sanción, que está dirigido a la socio educación, por lo que la responsabilidad es diferenciada de la de los adultos. Tal tratamiento jurídico-penal constituye uno de los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 37 y 40), en que se fundamenta la condición progresiva de ciudadanos, asumiendo derechos y estableciendo responsabilidades sociales y socio-penales, también progresivas.

Los derechos políticos, como hemos sostenido, no se circunscriben a los actos electorales, o al ejercicio como sujeto activo o pasivo electoral, ni a la militancia partidistas, y en materia de niñez y adolescencia precisamente no se trata de los derechos al voto, a la filiación político-partidaria o partidista, a la cualidad pasiva o activa en lo político-electoral, sino a una especial ciudadanía que se concreta en lo jurídico y legal, en los derechos a opinar en todos los asuntos que le conciernen o tengan interés; sean asuntos del diario vivir de la niñez y adolescencia, tales como los asuntos vinculados a su Escuela, su familia, su comunidad; o sean los asuntos relacionados con la autoridad, entre otros. Se trata además, en lo social, al primigenio derecho de ejercicio ciudadano, cual es la identidad y la pertenencia familiar, el derecho a expresar su libre pensamiento, a asociarse y reunirse de forma pacífica y legal, por ejemplo en asociaciones culturales, ambientalistas, estudiantiles, etc.

La dimensión política de la ciudadanía de la niñez y adolescencia conduce entonces a una gama de derechos de participación, consustanciados, como hemos afirmado, con la cualidad de ser sujetos sociales de derechos, que en plenitud sería incongruente tal cualidad, sino se reconocen los derechos políticos.

Una niña, niño o adolescente ejerce un derecho político, cuando solicita a su maestra o maestro la fuente de la información que les proporciona en el aula de clases. Este o esta educadora está en el deber de proporcionarla, y los NNA de exigirla. Este ejercicio configura la materialización del derecho a obtener información adecuada, y a su vez a opinar. También una niña, niño o adolescente ejerce un derecho político cuando en el marco de las leyes de la república, se asocia a una organización estudiantil con el objeto de defender sus derechos, promoverlos y difundirlos. También lo hace cuando, en correspondencia con el artículo 29 de la CDN y su Preámbulo, así como la LEPINA en su artículo 81; formula críticas al desempeño educativo o disciplinario de las autoridades educacionales. Estos, y muchos otros casos hipotéticos, no configuran un marco de “rebeldía” de NNA, sino el ejercicio de su cualidad de sujetos de derechos, que se expresa en razones y argumentos políticos, dados por el derecho de participación.

También ejercen la participación política en el sentido en que acá la hemos concebido, los NNA cuando convocan a una asamblea estudiantil, o de la comunidad para tratar asuntos relacionados con los derechos económicos, sociales, culturales, la situación del barrio, derechos al medio ambiente, o cuando estudiantes o miembros de una comunidad, adolescentes o niños, fundan un medio de comunicación escrito, escriben en éste, expresan sus opiniones sobre la familia, la cultura, el deporte, o cuando participan en grupos culturales o artísticos, como el teatro, la música, etc.

Algunos gráficos ilustran lo afirmado:

La Ciudadanía en el marco de la CDN

Ciudadanía
social

Ciudadanía
política

Los niños son sujetos plenos de Derechos.
El Estado, la Familia y la sociedad asegurarán su
incorporación progresiva a la ciudadanía

Ciudadanía Social

Supervivencia

VIDA (Art. 6)
SALUD (Art. 24)
IDENTIDAD (Art. 7 y 8)
SEGURIDAD SOCIAL
(Art. 26)
NIVEL
DE VIDA (Art. 27)

Desarrollo

- EDUCACIÓN: (Art.28)
- CRIANZA Y CUIDADO: (Art.18)
- DESCANSO Y ESPARCIMIENTO: (Art. 31)
- RELACIONES PERSONALES Y REUNIÓN FAMILIAR (Art. 10)
- DERECHO CULTURAL, RELIGIOSO Y LINGÜÍSTICO
- ACCESO A LA INFORMACIÓN



Múltiples y variadas son las interpretaciones que en el transcurso del tiempo, y en particular a partir de la última mitad del siglo pasado se ha querido dar a la participación de la niñez y adolescencia. Desde quienes niegan los derechos de participación por considerar que no corresponden a “menores de edad”¹⁰⁸, hasta quienes abiertamente defienden la participación como derecho político, pasando por aquellos que consideran que además los adolescentes deben no sólo participar en el contexto en que la CDN lo reconoce y consagra, sino también en procesos electorales.

En muchas oportunidades el autor de esta obra ha escuchado al maestro Edson Seda expresar que “...a participar se aprende participando...”, lo que en una sola frase encierra el ideal de los derechos de opinión, expresión, pensamiento, conciencia y religión, asociación, entre otros. Definitivamente, no hay otra manera de “aprender” a participar que no sea la de ir participando, pero para que ello sea posible, es absolutamente necesaria la ruptura radical de los obstáculos culturales, sociales, políticos y familiares que cercan y cercenan la auténtica participación de la niñez y adolescencia, no sólo en su mundo, sino en el de los adultos.

108 Recordemos que las Constituciones latinoamericanas desconocían la condición de sujeto de derechos de los niños y adolescentes, hasta la década de los 90. Establecían, palabras más, palabras menos, que son “ciudadanos todos los mayores de 18 años”. Respecto de los niños y las niñas, establecían “régimen especial de minoridad” que implica, además del desconocimiento como personas, la puerta de entrada a la arbitrariedad y el poder omnímodo sobre la niñez.

Al respecto el Comité de Derechos del Niño ha planteado categóricamente que "...el niño debe ser considerado como un sujeto activo de derechos y que es objetivo fundamental de la Convención subrayar que los derechos humanos se aplican también a los niños. El artículo 12, junto con el artículo 13 (libertad de expresión), el artículo 14 (libertad de pensamiento, conciencia y religión) y el artículo 15 (libertad de asociación), muestra claramente que el niño es una persona defensora de derechos humanos fundamentales, opiniones y sentimientos propios. El Comité rechaza los llamados "criterios de carácter caritativo y paternalista en la manera de abordar las cuestiones relacionadas con los niños"¹⁰⁹. El Comité plantea siempre a los Estados Partes "la aplicación del artículo 12 e identifica las prácticas tradicionales, las características culturales y las actitudes que lo obstaculizan..."

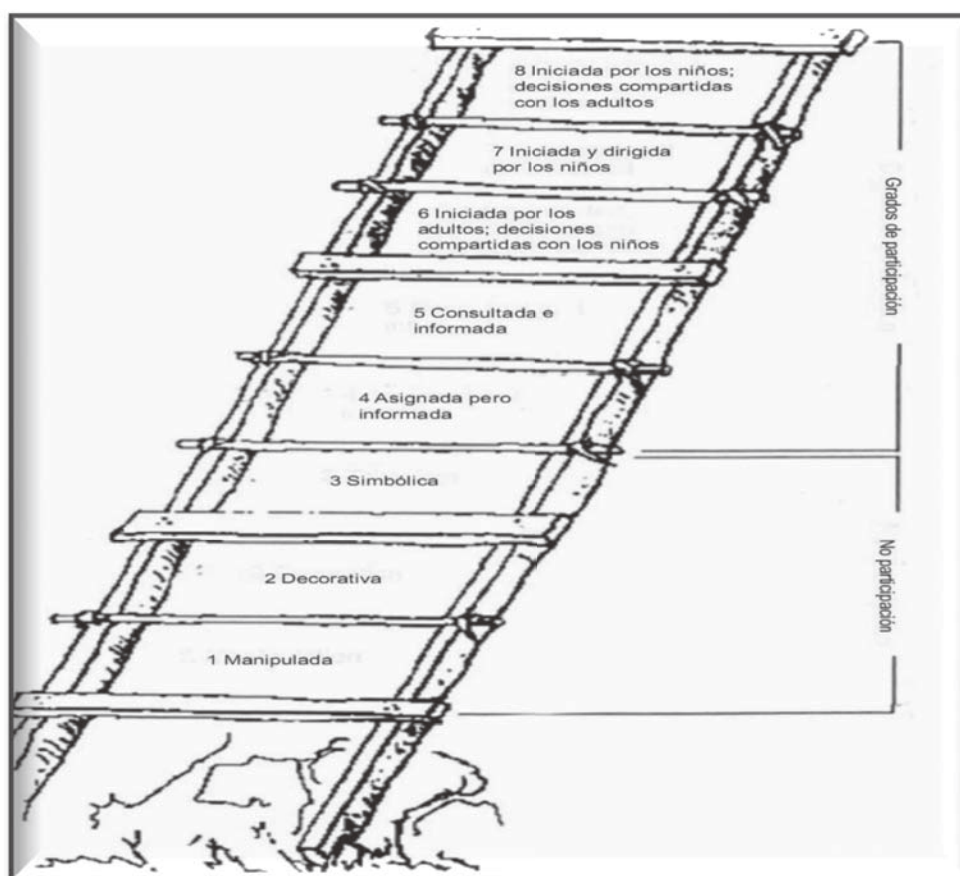
También este Comité ha expresado de forma reiterada que "...A primera vista, puede considerarse que el artículo 12 se refiere básicamente a la misma realidad que el artículo 13 sobre la libertad de expresión e información. Aunque es verdad que hay un nexo estrecho entre ambos, el hecho de que se hayan incluido los dos artículos en la Convención, y coexistan de forma autónoma, debe interpretarse en el sentido de que mientras que en el artículo 13 se reconoce de manera general la libertad de expresión, el artículo 12 incumbe a todos los casos en los que los asuntos en juego afecten al niño, destacando el derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones sean tenidas debidamente en cuenta." Y en cuanto a la edad para el ejercicio del derecho a la opinión, el mismo Comité ha expresado una novísima caracterización que proscribe la fijación de edades mínimas u otras condiciones de NNA, diciendo que "El artículo 12 no fija una edad mínima para el derecho del niño a expresar sus opiniones libremente. Es evidente que el niño puede formarse un juicio desde muy pequeño. La Convención sobre los Derechos del Niño no se pronuncia en favor de la imposición de una edad mínima para conocer o tener en cuenta las opiniones del niño. Sin embargo, en casos particulares (niños discapacitados, por ejemplo) pueden surgir problemas". El Manual de preparación de informes sobre los Derechos Humanos de 1998 expone: "Con arreglo a las disposiciones de este artículo, los Estados Partes tienen una obligación clara y precisa de garantizar a los niños el derecho a decir lo que piensan en las situaciones que puedan afectarles. Por lo tanto, no se considera al niño como un ser humano pasivo o alguien a quien se puede privar de ese derecho de intervención, a menos que sea incapaz de tener opiniones propias. Este derecho deberá garantizarse y respetarse aún en las situaciones en las que, aunque el niño sea capaz de formarse una opinión propia, no pueda comunicarla, o cuando el niño no haya alcanzado la plena madurez o una determinada edad, puesto que sus opiniones deben tenerse en cuenta 'en función de la edad y madurez del niño.'" Algunos países han fijado una edad mínima para el derecho del niño a ser escuchado, por ejemplo en procedimientos de custodia relativos a la separación o el divorcio de los padres. Sin embargo, la Convención no comparte este punto de vista, y los Estados Partes no pueden invocar el

¹⁰⁹ UNICEF. Manual de Aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño, ob. cit. Pag. 173

principio del interés superior del niño para sustraerse a las obligaciones contraídas en virtud del artículo 12.¹¹⁰

Roger Hart¹¹¹, ha definido la participación como derecho, expresando que "...es la capacidad para expresar decisiones que sean reconocidas por el entorno social y que afectan a la vida propia y/o a la vida de la comunidad en la que uno vive". Partiendo de esta definición general, NNA tienen la capacidad para expresarse, tomar decisiones, ser escuchados y debidamente atendidos en sus requerimientos o pedimentos que encierran tales opiniones, y ser reconocidas éstas en todos los órdenes (administrativos, judiciales, familiares, escolares, comunitarios).

También Hart elabora una detallada caracterización de los tipos o formas de participación, partiendo de un gráfico en tipo de escalera que denomina "*La Escalera de la participación*", de la siguiente forma:



110 UNICEF. Manual de Aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño, ob. cit. Pag. 176, 177 y 179.

111 Hart Roger: La Participación de los Niños, de la Participación Simbólica a la Participación Auténtica. UNICEF. TA CRO, 1993.

b. Derechos de Petición, expresión, opinión e información. Alcance.

Naturaleza. Contenidos.

Como indicamos al inicio de este Capítulo, nueve son los artículos que dedica la LEPINA a los derechos de participación, en los que se desarrolla el pensamiento e ideal legislativo para la apertura a mediano plazo, en las nuevas generaciones porvenir, de una sociedad que desde sus niños, niñas y adolescentes, con estos y para estos; conceptúe y practique la democracia protagónica y participativa, profundizando las relaciones sociopolíticas sustanciales entre los nacionales, y de estos para con las autoridades constituidas.

Esta dimensión de derechos de participación, y las normas que lo desarrollan en la LEPINA, son una aspiración prospectiva de El Salvador, que necesaria es verificarla de forma auténtica y sin cortapisas.

Así, la LEPINA, contiene un Capítulo Único, en el que abarca los derechos de participación de la siguiente forma:

Título IV Derecho de participación Capítulo Único

Artículo 92. Derecho de Petición

Artículo 93. Derecho a la libertad de expresión

Artículo 94. Derecho a opinar y ser oído

Artículo 95. Derecho de acceso a la información

Artículo 96. Protección frente a información nociva o inadecuada

Artículo 97. Obligación de los medios de comunicación

Artículo 98. Libertad de pensamiento, conciencia y religión

Artículo 99. Libertad de reunión

Artículo 100. Libertad de asociación

La amplia introducción hecha en este Capítulo nos permite obtener una apreciación vasta sobre los artículos desarrollados en la LEPINA, por lo que desarrollaremos subsiguientemente sólo aquellos aspectos resaltantes de las normas legales mencionadas.

Como fácilmente se aprecia del Capítulo único de la LEPINA, los cuatro primeros artículos (92 al 94), reconocen derechos subjetivos, titularidad que asigna a NNA de forma universal, exclusiva y especial. Universal por cuanto norma derechos para todas y todos los niños y adolescentes, exclusiva porque son privativos de la niñez y adolescencia, y especiales por cuanto se distinguen del derecho a la participación en el derecho común de los adultos. Esta naturaleza singular, como la mayoría de los derechos humanos reconocidos y desarrollados en la LEPINA, resalta en los de Participación por la especial cautela de las normas, y amplio desarrollo, casi reglamentario en cada uno de los artículos sobre el derecho de participación.

Veamos cada uno de estos artículos:

**Título III
Derecho al Desarrollo
Capítulo I
De la Personalidad**

Artículo 92.- Derecho de petición

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho de presentar y dirigir peticiones por sí mismos en forma respetuosa ante cualquier autoridad legalmente constituida y a obtener respuesta oportuna y congruente.

Se reconoce a todas las niñas, niños y adolescentes el ejercicio personal y directo de este derecho, sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su madre, a su padre, a sus representantes o responsables.

Los peticionantes deberán expresar los elementos necesarios sobre su identidad y lugar para recibir notificaciones.

La naturaleza del derecho de petición está consustanciada con la exigibilidad personal y directa de los derechos, o de cualquier asunto en el que las NNA tengan interés. Como ya hemos explicado, la exigibilidad constituye la nota diferencial sustancial de la nueva doctrina de protección integral frente a la tutela o situación irregular, y se erige como la característica resaltante en la cualidad de sujetos de derechos.

Lo que hace este artículo 92 es desarrollar una de las formas de participación/exigibilidad de las NNA como sujetos plenos de derechos, en lo social y en lo jurídico. Para ello, reconoce el derecho a presentar y dirigir peticiones ante cualquier autoridad legalmente constituida, lo cual supone en estas autoridades un cambio de visión de la actitud y aptitudes de NNA frente a la institucionalidad. Si niñas, niños y adolescentes tienen este derecho de peticionar, las autoridades tienen el deber de atender a las mismas, como la LEPINA lo expresa diáfananamente, respondiendo de forma oportuna y congruente.

La respuesta oportuna significa, sin dudas, que sea pronta, inmediata, adecuada al tiempo en que se requiere para que sea efectiva y satisfactoria, y además pueda tener efectos en lo solicitado o peticionado por el niño, niña o adolescente de que se trate. Congruente significa que sea adecuada al contenido expreso de lo peticionado, que guarde relación íntima con lo pedido y que sea de efectiva ejecución, por lo que la respuesta debe guardar lógica con el asunto peticionado, y coherencia entre sí.

Sería ilusorio este derecho de petición si, por ejemplo, una niña solicita a las autoridades educativas la asignación de una beca por condiciones de pobreza, como medio para la continuidad escolar, y esta no es respondida oportunamente, o si aún respondiéndola, esta no guarda relación con lo peticionado. En el primer caso, en ausencia de respuesta o respondida tardíamente (pues la solicitud supone la importancia de una respuesta pronta), además de violentar este derecho, se incurriría en desconocimiento del principio del interés superior de NNA, ya que requiere de una especial consideración, estando en juego el derecho a la educación. En el segundo caso, respondida con incongruencia por parte de las autoridades educativas, es decir que la respuesta sea genérica, no adecuada a lo solicitado (Beca) o de tal manera referida a otros asuntos no relacionados con la solicitud, o que coloque otros intereses o situaciones como justificación ante la solicitud, también se incurriría en violación del derecho a la congruencia de la respuesta.

Con esta hipótesis es clara la relación entre el derecho de petición, la respuesta oportuna y el principio del interés superior de NNA, en donde las autoridades se encuentran compelidas sin excusa alguna a dar una respuesta acorde con los derechos en juego.

No deja de observar esta norma sustantiva de derecho en la LEPINA que el ejercicio de este derecho es de forma personal y directa, limitado solo por las facultades legales que corresponden a padres, madres, representantes o responsables, y en este sentido es imprescindible acotar que en principio siempre el derecho se debe ejercer de forma directa y personal por los NNA, y sólo excepcionalmente por los segundos mencionados. Ello significa que no debe suplirse el ejercicio del derecho de forma automática, alegando la "representación legal" de padres o madres, sino que sólo en aquellos casos en que la ley determina expresamente esta facultad, es cuando actúan éstos, o cuando es imposible la materialización directa y personal por parte de las NNA de que se trate.

Por otra parte, existe una cultura institucional, incluso jurídica que condiciona en la práctica el derecho de petición, rodeándolo de requisitos y formalidades extrínsecas al derecho mismo, tales como solicitar que se identifique de forma fehaciente el objeto de la petición, las razones en que se fundamenta, relacionar documentos que apoyan la solicitud, prueba del domicilio, u otros que constituyen formalidades impropias, pues sacrifican el derecho por asuntos de mera forma, innecesarios y que por lo general, retardan cuando no obstaculizan totalmente el derecho de petición. En este sentido, la LEPINA, se ha referido exclusivamente a tres elementos concurrentes en la solicitud o petición de que se trate, cuales son.

- La forma respetuosa de la petición,
- Los elementos necesarios sobre la identidad del peticionario, y
- El lugar de ubicación del NNA solicitante a los efectos de su respuesta o notificación.

Fuera de estos aspectos o requisitos, ningún otro puede ser solicitado al momento de la solicitud y ejercicio efectivo de este derecho. En cuanto a la forma respetuosa, esta no parte de una calificación subjetiva del peticionado, sino de las expresiones objetivas del contenido de la solicitud del peticionante. No sería irrespetuoso, por ejemplo que en una comunicación se califique como perjudicial al aprovechamiento educativo, o poco pedagógica la actitud de una maestra en el aula, pues tal calificación es sólo una descripción de la percepción del solicitante, mientras que, por ejemplo, calificar la actitud de la maestra en el aula con palabras soeces o que denigren de su condición humana, constituiría ciertamente un irrespeto.

Finalmente, debe estar claro para los operadores de la LEPINA que este derecho de petición, conteste con la doctrina internacional de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, puede formularse ante cualquier autoridad, como bien lo generaliza la LEPINA, sea judicial, administrativa, de índole o ámbito Nacional, Departamental o Municipal

Título III Derecho al Desarrollo Capítulo I De la Personalidad

Artículo 93.- Derecho a la libertad de expresión

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a expresarse libremente, a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, de forma oral, por escrito, en forma artística, simbólica o por cualquier otro medio que elijan, sin más limitantes que las prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Para el ejercicio de este derecho, el Estado garantizará la existencia de instancias y espacios en que las niñas, niños y adolescentes puedan difundir sus ideas y opiniones.

Todos y cada uno de los niños, niñas o adolescentes de El Salvador, al igual que se ha reconocido en legislaciones de la Región de ALC, tienen derecho a la libertad de expresión. Para la LEPINA, congruente con las disposiciones de la CDN, este derecho encierra la libertad de buscar, recibir y difundir ideas de todo tipo, por cualquier medio o instrumento de expresión, a su elección, limitado por las prescripciones legales necesarias para la protección de la seguridad, el orden, la moral, la salud pública y los derechos o libertades fundamentales de las demás personas.

Entiéndase de la norma legal que la libertad de expresión es indiscutiblemente un derecho para las NNA, en los términos expuestos, pero ¿si bien este derecho es libre, también es absoluto y sin restricciones? No tanto la LEPINA como la CDN lo limitan o restringen de forma expresa y sólo en los casos previstos por la ley, al tiempo que califica estas limitaciones – las de la ley- a sólo aquellas que “...sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás...”, de tal forma que ninguna ley positiva, o reglamentaria, ni otra disposición sublegal puede crear otros tipos que no sean los enunciados.

En países como la República Bolivariana de Venezuela, por ejemplo, se ha legislado al respecto, limitando el acceso a medios electrónicos o internet de NNA, en páginas Web, Juegos o Videos que comprometen seriamente su formación integral. En este país, una legislación especial¹¹², regula de manera específica el uso del internet y otras formas de multimedia. En su artículo 6 establece determinadas condiciones según la edad, así:

Artículo 6. El ingreso y permanencia de los niños, niñas y adolescentes a las salas de juegos computarizados, electrónicos o multimedias y de servicios de Internet de carácter privado se regirá bajo las siguientes normas:

1. Los niños y niñas menores de nueve años de edad, sólo podrán ingresar y permanecer en estas salas acompañados por su padre, madre, representante, responsable o familiar mayor de dieciocho años.
2. Los niños y niñas mayores de nueve años de edad y adolescentes podrán ingresar y permanecer en estas salas sin compañía de personas adultas.
3. Los niños, niñas y adolescentes sólo podrán ingresar y permanecer en estas salas, con o sin compañía de su padre, madre, representante o responsable, desde las seis ante merídiem (06:00 a.m.) hasta las siete post merídiem (07:00 p.m.).
4. Durante los períodos no lectivos los y las adolescentes podrán ingresar y permanecer en estas salas, sin la compañía de su padre, madre, representante o responsable, desde las seis ante merídiem (06:00 a.m.) hasta la nueve post merídiem (09:00 p.m.)

Las salas de servicios de Internet del Estado, así como aquellas de carácter privado integrados al desarrollo de las políticas públicas de acceso a estos servicios, establecerán sus propias normas de ingreso y permanencia, teniendo como referencia lo establecido en este artículo, a los fines de garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a una información adecuada que sea acorde con su desarrollo integral.

Otras disposiciones de esta Ley Especial en Venezuela, están dirigidas a la supervisión de las salas de internet, los espacios adecuados, la obligación de establecer mecanismos y controles de seguridad en el acceso de niños, niñas y adolescentes, así como a las sanciones por incumplimiento.

Sin duda que el artículo 93 de la LEPINA guarda relación inmediata con los artículos 95 y 96 eiusdem que establecen el derecho de acceso a la información y normas para la protección

112 Ley Para La Protección De Niños, Niñas y Adolescentes en Salas de Uso de Internet, Videojuegos y otros Multimedias.

de NNA frente a información nociva o inadecuada, respectivamente, y con el 97 sobre la obligación estatuida a los medios de comunicación social de establecer programación para la difusión de sus derechos, garantías y deberes, y atendiendo sus necesidades informativas, entre ellas las educativas, culturales, científicas, artísticas, recreativas y deportivas. Todo ello es congruente con la Convención sobre Derechos del Niño y con las particulares observaciones y orientaciones que reiteradamente ha formulado el Comité de derechos del Niño de Ginebra a los países o Estados Partes para garantizar por un lado que el derecho a la búsqueda y difusión de información no se vea denegada a los NNA, pero sin obviar la necesidad de protegerles frente a la información, programaciones comunicacionales u otros medios que puedan resultar perjudiciales para la formación de éstos.

Por la inmediata relación del articulado de la LEPINA al respecto (Artículos 93, 95, 96 y 97), ya descrita, nos permitimos analizar seguidamente los tres últimos:

Título III

Derecho al Desarrollo

Capítulo I

De la Personalidad

Artículo 95.- Derecho de acceso a la información

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y utilizar información a través de los diferentes medios, bajo la debida dirección y orientación de su madre, padre, representante o responsable y de acuerdo a su desarrollo evolutivo, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes.

Es deber de la familia, el Estado y la sociedad asegurar y garantizar que las niñas, niños y adolescentes reciban una información plural, veraz y adecuada a sus necesidades, así como proporcionarles la orientación y educación para el análisis crítico.

El Estado debe garantizar el acceso de todas las niñas, niños y adolescentes a servicios públicos de información y documentación, bibliotecas y demás servicios similares que satisfagan sus diferentes necesidades informativas, entre ellas las culturales, científicas, artísticas, recreacionales y deportivas.

El servicio de bibliotecas públicas, así como todo servicio de información o documentación público, es gratuito para la niñez y adolescencia.

Artículo 96.- Protección frente a información nociva o inadecuada

Para la protección de niñas, niños y adolescentes, se prohíbe:

- a) Difundir o facilitarles el acceso a espectáculos públicos, publicaciones, videos, grabaciones, programas televisivos, radiales y a cualquier otro medio de comunicación que contenga mensajes inadecuados o nocivos para su desarrollo y formación;
- b) Difundir información, programas, publicidad o propaganda inadecuada o nociva para aquéllos, en medios televisivos en horarios de franja familiar; y,
- c) Comercializar productos destinados a aquéllos con envoltorios o cubiertas que contengan imágenes, textos o mensajes inadecuados o nocivos para su desarrollo.

El Órgano Ejecutivo en el ramo correspondiente, definirá las franjas horarias de los programas televisivos y radiales aptos para las niñas, niños y adolescentes, debiendo informar sobre la naturaleza de los mismos y las edades para los que se recomienda.

A los efectos de esta Ley se consideran como inadecuados o nocivos los materiales que contengan apologías de la discriminación, la violencia, la pornografía, el uso de alcohol y drogas, así como también aquéllos que exploten el miedo o la falta de madurez de niñas, niños y adolescentes, para inducirles a comportamientos perjudiciales o peligrosos para su salud y seguridad personal. Estas prohibiciones se aplican a los medios y servicios de comunicación, públicos y privados, así como a empresas de publicidad.

Artículo 97.- Obligación de los medios de comunicación

Los medios de comunicación, tales como la televisión, radio y prensa escrita, deben destinar espacios para la difusión de los derechos, garantías y deberes de las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, tienen la obligación de difundir los programas y mensajes dirigidos exclusivamente a la niñez y adolescencia, atendiendo sus necesidades informativas, entre ellas las educativas, culturales, científicas, artísticas, recreativas y deportivas.

Ya el artículo 93 comprendió como parte del derecho a la libertad de expresión, el de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo. El artículo 95 que establece el acceso

a la información, técnicamente ha debido subsumirse y desarrollarse como inciso de aquél 93, pues el acceso a la información y las obligaciones del Estado, la Familia y la Sociedad que se desarrollan en el artículo 95 son una expresión desarrollista del derecho reconocido. El legislador prefirió hacerlo por separado. Hecha esta consideración, se observa que el artículo 95 agrega la supervisión de padres, madres, representantes o responsables en el acto de buscar, recibir y difundir información por parte de NNA, de acuerdo a su desarrollo evolutivo, repitiendo como limitación las que establezca la Ley. Pero resulta que se agrega la supervisión de progenitores o responsables de forma genérica, atendiendo a su desarrollo evolutivo, lo cual puede traer peligrosas interpretaciones. Para evitar tales generalidades, debe atenderse a que la supervisión indicada en la norma no atente contra el derecho al honor, imagen, vida privada e intimidad de NNA ya analizado en el artículo 46 de la LEPINA.

Si bien la supervisión en el acceso a la información se hace necesaria, entre otras razones ya explicadas, para la protección debida frente a programaciones, informaciones u otras formas nocivas y perjudiciales a los propios derechos de las NNA, no se debe incurrir en el error de generalizarla, puesto que obstaculizaría el derecho reconocido a la libertad de información. Lo deseable hubiese sido que la ley estableciese los parámetros del desarrollo evolutivo y en relación a ellos las limitaciones a la supervisión de progenitores o responsables, y aunque en el inciso segundo del artículo 95 se interprete que la familia, el Estado y la sociedad deben garantizar este acceso, no resulta suficiente la previsión para impedir injerencias inadecuadas o producto de convicciones "moralistas" o de cultura contraria a los derechos humanos.

Por un momento, figurémonos una pareja o cónyuges que practican una religión determinada, con normas morales que impiden la búsqueda de información a sus hijos o hijas sobre otras creencias religiosas, alegando que les orientan y supervisan en el acceso a la información. Es evidente que en este caso, o similares, existe una perturbación real, objetiva, al ejercicio del derecho a la libertad de información.

Por tanto, es necesario advertir la importancia que tiene una regulación más cónsona con las observaciones antes hechas, que no impida de forma alguna las interpretaciones amplias en la supervisión del acceso libre a la información.

En cuanto al artículo 96, éste subsume una protección general a través de obligaciones de no hacer, o prohibiciones también generales, cuales son las de los literales "a", "b" y "c". La LEPINA deja al Órgano Ejecutivo en el ramo de Comunicación e Información la regulación de las franjas horarias de los programas televisivos y radiales aptos para las NNA, regulación en la que además se establecerá la obligación de estos medios de comunicación social de

informar sobre la naturaleza de la programación y las edades para las que se recomienda.

También la LEPINA en este artículo 96 define claramente lo que se debe entender por materiales nocivos o inadecuados, estableciendo que las prohibiciones estatuidas se aplican por igual a medios y servicios de comunicación, sean públicos o privados y a empresas de publicidad.

Es así pues una limitación expresa de la ley, a las que se refiere el propio artículo 93 de forma genérica, que persigue como objeto la protección específica de la niñez y adolescencia salvadoreña frente a los medios de comunicación social, y a otras formas de acceso a la información. La regulación posterior que se asigna al Órgano Ejecutivo en el ramo deberá considerar el derecho comparado en este sentido (Legislaciones como las de Venezuela ya indicada, además en este mismo país la Ley Sobre Responsabilidad Social de la Radio y Televisión, o la similar en países como España, Inglaterra, entre otros), así como las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño en tal sentido, que se resumen en prescripciones tales como:

1. Utilización de medios tecnológicos como los V-chips para interrumpir programaciones que atenten contra la adecuada formación.
2. Fijación de horarios reservados y prohibidos.
3. No transmisión (prohibición), de programaciones violentas.
4. Claras presentaciones antes de los programas sobre el contenido de éstos.
5. Fomentar el desarrollo de normas legales y directrices para la protección de los niños contra toda información o material perjudicial para el bienestar de los niños.

El artículo 97, como hemos dicho, de intrínseca relación con el artículo 93 consagra obligaciones a los medios de comunicación que, consideramos, deben ser sujetas a supervisión y monitoreo permanente por el Órgano Ejecutivo del ramo. Aunque la norma no lo expresa de forma auténtica, es obvio que siendo obligaciones de hacer (Difusión de los derechos, deberes y garantías, y programación específica de índole educativo, cultural, etc.), es necesaria una regulación que establezca formas eficaces de supervisión para determinar su cumplimiento, así como las sanciones respectivas. Corresponde entonces a la legislación especial en la materia, establecer tal regulación, como ya lo han hecho muchos países, entre ellos los ya indicados. Para ello, el legislador debe atender, insistimos, a las sugerencias y recomendaciones del Comité de Derechos del Niño, y a la adecuación sustancial de las disposiciones de la CDN en la materia, en particular a los artículos 12 al 15 y 17, así como a los fines que persigue la educación en Derechos Humanos, previstos en el Preámbulo de este instrumento internacional y en las diferentes resoluciones de las UN en la materia, procurando sobremanera que las normas especiales establezcan y desarrollen las formas de difusión de información y materiales de interés social y cultural, dirigidos al desarrollo progresivo y pleno de su personalidad, conducta individual y social, aptitudes y capacidad mental y física, respeto a los derechos humanos, a sus padres y madres, a su identidad cultural, a la de las civilizaciones distintas a las suyas, a asumir una vida responsable en libertad, y a formar la conciencia de respeto y comprensión humana y social, comprensión y práctica de la solidaridad humana, la paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre los pueblos, y personas de origen indígena, afrodescendiente o de otros grupos étnicos o minoritarios, y, en general, que las normas desarrollen los medios eficaces para la adecuada formación de la conciencia social de los niños, niñas, adolescentes y sus familias, así como las relaciones de éstos en el contexto social.

Título III Derecho al Desarrollo Capítulo I De la Personalidad

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.

Cuando el ejercicio personal de ese derecho no resulte conveniente al interés superior de la niña, niño o adolescente, éste se ejercerá por medio de su madre, padre, representante o responsable, siempre que no sean partes interesadas ni tengan intereses contrapuestos a los de las niñas, niños o adolescentes.

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.

En los casos de las niñas, niños o adolescentes con una discapacidad para comunicarse, será obligatoria la asistencia por medio de su madre, padre, representante o responsable, o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir objetivamente su opinión.

Ninguna niña, niño o adolescente podrá ser obligado de cualquier forma a expresar su opinión, especialmente en los procedimientos administrativos y procesos judiciales.

Reiteramos y damos por reproducido en el análisis de este artículo lo que adelantamos en el literal “a” de este Capítulo VIII, en cuanto a lo que el Comité de Derechos del Niño ha observado, y en particular la incontestable interpretación que ha hecho de los artículos 12 y 13 de la CDN, afirmando que este no fija una edad mínima para el derecho del niño a expresar sus opiniones libremente, que resulta evidente que el niño puede formarse un juicio desde muy pequeño. Sobre los niños o niñas, o adolescentes discapacitados ha afirmado también categóricamente este Comité que si bien pueden surgir problemas para oír su opinión este derecho deberá garantizarse y respetarse aún en las situaciones en las que, aunque el niño sea capaz de formarse una opinión propia, no pueda comunicarla, o cuando el niño no haya alcanzado la plena madurez o una determinada edad, puesto que sus opiniones deben tenerse en cuenta en función de la edad y madurez del niño. Sin embargo, “Algunos países han fijado una edad mínima para el derecho del niño a ser escuchado, por ejemplo en procedimientos de custodia relativos a la separación o el divorcio de los padres. Sin embargo, la Convención no comparte este punto de vista, y los Estados Partes no pueden invocar el principio del interés superior del niño para sustraerse a las obligaciones contraídas en virtud del artículo 12.”¹¹³

113 UNICEF. Manual de Aplicación de la Convención sobre Derechos del Niño, ob. cit. Pag. 179.

Pues bien, el artículo 94 de la LEPINA desarrolla suficientemente el pensamiento del organismo internacional citado, e impone la obligación de cualquier entidad pública o privada de valorar las opiniones de NNA de forma motivada y explícita en sus resoluciones o decisiones.

Resulta de interés la precisión de este artículo cuando establece que “...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...” y debe ser así, en razón de proporcionar la mejor y más adecuada forma para que el niño exprese su opinión en un asunto en el que tiene interés o se debaten sus derechos, o se deba tomar una decisión que le afecte. Al respecto, las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos¹¹⁴, establece los parámetros para asegurar procedimientos adecuados con el fin de proteger y satisfacer las necesidades especiales de los niños víctimas y testigos de delitos cuando la naturaleza de la victimización afecte de distinta manera a una categoría de niños, como sucede cuando los niños, y en especial las niñas, son objeto de agresión sexual, indicando además las formas en que NNA deben prestar testimonios u opinar en determinados procesos judiciales, entre ellos la atención a los principios del interés superior del niño, dignidad, no discriminación, derecho a la participación, entre otros, a través de mecanismos apropiados para rendir declaraciones o emitir opinión, tales como las cámaras de Gesell, derecho a una asistencia eficaz de NNA o sus familiares, asegurando el derecho a la intimidad del NNA, velando por que los niños víctimas y testigos de delitos puedan expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia, sus preocupaciones acerca de su seguridad en relación con el acusado, la manera en que prefieren prestar testimonio y sus sentimientos acerca de las conclusiones del proceso y prestando la debida consideración a las opiniones y preocupaciones del niño y, si no les es posible atenderlas, explicando al niño las causas.

También, la LEPINA, acorde con las resoluciones y directrices de UN ha establecido claramente la prohibición de obligar a NNA a emitir su opinión en los procesos administrativos o judiciales.

114 Aprobadas por el Consejo Económico y Social de la ONU en su resolución 2005/20 del 22 de julio de 2005.

Título III

Derecho al Desarrollo

Capítulo I

De la Personalidad

Artículo 98.- Libertad de pensamiento, conciencia y religión

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, los cuales se ejercerán cuando corresponda, conforme a su desarrollo progresivo, sin más limitantes que las prescritas por la Ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

La madre, el padre, el o los representantes o responsables tienen el derecho y el deber de orientar a las niñas, niños y adolescentes en el ejercicio de este derecho de modo que contribuya a su desarrollo integral.

En todo caso, las niñas, niños y adolescentes que asistan a centros privados de educación deberán respetar las prácticas y enseñanzas religiosas de los mismos.

Artículo 99.- Libertad de reunión

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a reunirse pública o privadamente con fines lícitos y pacíficos, dentro de los límites establecidos por las leyes y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Estará prohibido permitir a las niñas, niños y adolescentes la entrada a casas de juego de lenocinio, bares u otros similares que afecten su salud o desarrollo espiritual, físico, psicológico, mental, moral o social no importando la denominación o nombre que se les dé.

Artículo 100.- Libertad de asociación

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a asociarse voluntaria y libremente para el desarrollo de cualquier actividad lícita, dentro de los límites establecidos por las leyes.

Los adolescentes desde los catorce años pueden constituir asociaciones sin fines de lucro, incluso formar parte de sus órganos directivos. Para que las personas jurídicas conformadas exclusivamente por adolescentes puedan obligarse patrimonialmente, deben nombrar, de conformidad con sus estatutos, un representante legal con plena capacidad civil que asuma la responsabilidad que pueda derivarse de estos actos.

El Estado fomentará el desarrollo de las asociaciones señaladas en el inciso anterior cuando el objeto de las mismas sea la promoción, atención y seguimiento de los derechos de la niñez y adolescencia.

Los tres últimos artículos del Capítulo Único sobre Derechos a la Participación, comprenden tres amplias libertades, en formas de derechos reconocidos; 1) Pensamiento, Conciencia y religión, 2) Reunión, y 3) Asociación.

Las normas indicadas y los derechos que en ella se establecen constituyen la adecuación sustancial de la Ley Nacional a los artículos 14 y 15 de la CDN

Semejante a la Libertad de Información que hemos analizado, resalta la particularidad de las limitaciones a este derecho, fundadas en prescripciones específicas de la ley "...necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud pública o los derechos y libertades fundamentales de los demás..."

Quizá uno de los derechos más controvertidos y al mismo tiempo de mayor preocupación a la hora de su verificación y efectividad, más aún de su cumplimiento, es el de la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

Un libre pensamiento supone y valga el pleonismo, la libertad en la formación de las ideas, sin injerencias que alienen el conjunto de ideas, percepciones, imágenes o representaciones que produce la mente humana, por lo que en un sentido estricto resulta una función individual que hace imposible su ejercicio, pero en un sentido amplio implica que, a pesar de las influencias siempre posibles y objetivas, del mundo externo y principalmente de las diversas formas y mecanismos de socialización; la libertad de pensamiento está orientada principalmente al respeto que se deba tener al derecho de pensar y expresar lo que se piensa, por lo que sin duda existe una clara vinculación entre la libertad de pensamiento y la de expresión. Entendemos de esta manera que, dejando a salvo las orientaciones debidas de padres, madres, responsables o representantes (preceptuadas en el 2do inciso del artículo 97 de la LEPINA); el niño, niña o adolescente tiene el derecho de pensar de forma libre y expresar cada idea, imagen, visión o creación mental de su ser. Precisamente la orientación adecuada constituye a su vez una obligación de la familia, y en especial, de los progenitores, para que de esa manera se pueda garantizar que la formación del pensamiento sea acorde con los derechos, garantías y deberes.

La libertad de conciencia también supone la formación de un juicio propio, la expresión del mismo y el respeto a estas manifestaciones cognitivas del ser humano, que se forman desde temprana edad, y sin duda, con aquilatada influencia del medio social, familiar y cultural en que se desenvuelve. La conciencia forma parte así del ser, de la personalidad y de las prácticas que se ejecutan por las convicciones que se tienen. Sin pretensiones filosóficas que aún hoy día son parte de las diatribas sociológicas y políticas, entre la conciencia, el ser individual y el ser social; no resulta aventurado adelantar que el ser social asume la conciencia de forma progresiva en su desenvolvimiento social, por lo que potencialmente las NNA en cuanto a conciencia y su práctica son lo que socialmente se les forma en el medio desde la más temprana edad. Por ello, la libertad de conciencia impone un celoso respeto por parte de los miembros de la sociedad. Lo que NNA piensan, la representación que se hacen sobre determinadas situaciones de la vida y del mundo que les rodea, la cognición acerca de su familia, sus pares, su Escuela o comunidad comprenden la conciencia más intrínseca de éstos, mientras que es deber de todos los miembros de la sociedad contribuir en la formación de una conciencia acorde con los principios humanitarios y de derechos humanos, y valga redundar, precisamente respetando sus derechos, haciéndolos parte del medio, la conducta y la práctica de cada persona, como mejor efecto pedagógico y de aprehensión de una conciencia social acorde con el propósito y espíritu del desarrollo humano.

En cuanto a la libertad religiosa valga afirmar todo cuanto hemos dicho respecto a las dos anteriores. No obstante, si la libertad de pensamiento y conciencia recibe agresiones constantes, por cuanto tradicionalmente se ha concitado que NNA no piensan por si solos, ni es loable que así lo hagan; en la libertad religiosa hay incluso menos tolerancia, producto siempre de los fanatismos y conductas sectarias de defensa de postulados distintos y disimiles en la también diversidad de religiones que hoy día se multiplican en el mundo. Por ello resulta

necesario afirmar que en un estricto sentido la libertad religiosa no puede implicar de manera alguna las prácticas contrarias a los derechos humanos o que atenten contra la vida, la salud, la integridad personal u otros derechos de NNA.

En muchos países que han adecuado su ley interna a la CDN, no han sido pocas las controversias judiciales y administrativas sobre la libertad religiosa de NNA. Así, la actividad judicial ha salido al paso a situaciones que desmeritan este derecho cuando por ejemplo se ha pretendido sacrificar la vida de un niño o niña, por negación de tratamientos de salud, tales como las transfusiones sanguíneas y la aplicación de medicinas intravenosas, alegando una supuesta convicción y práctica religiosa, bien de sus padres, madres o del niño o niña misma. En estos casos, los organismos administrativos, similares a las Juntas Departamentales de Protección creadas por la LEPINA, y en última instancia los órganos judiciales de protección, en la mayoría de los casos han fallado en atención al interés superior del niño o niña, ordenando la preservación del derecho a la salud.

También la libertad religiosa tropieza con verdaderos obstáculos para su materialización en el ámbito escolar, particularmente en las escuelas privadas por la pretensión de que NNA profesen una religión determinada, predefinida por la Escuela, mientras que un o varios niños o niñas, no desean profesar tal religión. En tales casos, igual prevalece el derecho a la libertad religiosa y la permanencia del niño o niña de que se trate en el ámbito escolar.

No quepa duda que la actividad judicial y administrativa tendrá en este derecho una importante función reguladora y de protección en casos concretos, que seguramente se orientará por la prevalencia de los principios, postulados y normas de derechos sustantivos receptados en la LEPINA.

El artículo 99 de la ley consagra el derecho a reunión, similar a como se encuentra consagrado en la mayoría de las legislaciones de América Latina y El Caribe, esto es que el mismo se puede ejercer de forma pública o privada, con los mismos límites explicados para los artículos referentes a la Libertad de Información y de pensamiento, conciencia y religión. No obstante, en este derecho, sabiamente la norma consagra otras prohibiciones específicas que están orientadas a la protección de NNA en el acceso a determinados lugares de reuniones expresamente establecidos por la norma, como son casas de juego, lenocinios, bares. Nótese claramente que la norma es extensiva a otros lugares similares que afecten la salud o desarrollo integral de NNA. En este carácter amplio cabe destacar aquellas reuniones, por ejemplo de sectas religiosas que ocasionan daños severos a la salud, a la moral y a la formación espiritual, en donde ciertas prácticas por ejemplo orientan al sacrificio, flagelaciones u otros actos evidentemente contrarios a sus derechos. Para la norma también prevalece la realidad de los

hechos o prácticas de tales actos y reuniones frente a las apariencias que éstos tengan, por ello, también sabiamente establece que no importa el nombre que se les dé a dichos lugares, pues podrían enmascararse con nombres que en nada intuyan o hagan intuir las prácticas que allí se ejecutan.

Por su parte, el artículo 100 establece la libertad de asociación en un desarrollo legislativo que reformula la tradición de la capacidad civil para asociarse, puesto que en el derecho común siempre se consideró a la mayoría de edad como requisito *sine qua non*, *iuris et de iuris*, para poder ejercer este derecho.

Como se nota, en efecto, la norma consagrada por la LEPINA, similar a la de Venezuela, luego de establecer que NNA tienen el derecho de asociarse voluntaria y libremente para el desarrollo de cualquier actividad lícita, distingue clara y exclusivamente el derecho de "los adolescentes" (más apropiadamente ha debido decir "las y los adolescentes") desde los catorce años a constituir asociaciones sin fines de lucro, incluso formar parte de sus órganos directivos. De allí que si bien todos los NNA detentan el derecho a asociarse, nada más los mayores de catorce años de edad pueden constituir asociaciones civiles formales.

Esta distinción además establece una condición para que puedan generarse efectos patrimoniales, tales como contrataciones u obligaciones de ventas, prestamos, permutas u otras formas de enajenación de bienes muebles o inmuebles, o contratos de prestación de servicios de tales asociaciones; cuando son conformadas exclusivamente por adolescentes, en cuyo caso deben nombrar un representante legal con plena capacidad civil que asuma tales responsabilidades y efectos patrimoniales.

De tal manera que NNA pueden asociarse entre sí, también pueden hacerlo con adultos, y las y los adolescentes pueden hacerlo igualmente entre sí y con adultos, en una especie de capacidad civil parcial que les otorga el derecho de representación, mientras que la capacidad de obligación patrimonial debe ser amparada por una persona con plena capacidad civil.

Finalmente se establece una obligación de hacer al Estado que consiste en fomentar las asociaciones de NNA, cuando el objeto de las mismas sea la promoción, atención y seguimiento de los derechos de la niñez y adolescencia. Esta parte in fine de la norma resulta de especial interés, especialmente para la defensa de los derechos por parte de la misma población titular de éstos. Amplias experiencias de tales organizaciones fomentadas por municipalidades en el Perú, en Ecuador y en Venezuela, dan cuenta de niveles organizativos y de relevantes conquistas en la defensa de derechos, en especial en derechos a la opinión, expresión y reunión. En el caso del Perú, las Defensorías Municipales de derechos de niños, niñas y adolescentes, y en el caso de Venezuela las Defensorías Escolares de derechos de la niñez y adolescencia, o Defensorías Comunitarias, han contado con importante participación de NNA en la defensa de sus propios derechos, al tiempo que se erigen como un importante ejemplo para sus pares y de proyección en actividades lícitas y formativas.

Capítulo IX

DEBERES DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

I. Derechos y Deberes

a. Marco conceptual.

Aproximarse a la profundidad que encierra el tema de los deberes de NNA, no resulta tarea sencilla, ni tampoco ejercicio veloz que pueda resolverse de forma inmediata.

Aunque la LEPINA solo haya consagrado dos artículos (101 y 102) a los deberes de NNA, su comprensión conceptual y doctrinaria para su correcta acepción teórica, pero también para la mejor práctica social y jurídica, amerita de un tratamiento detallado.

Este autor, en ocasión de severas discusiones - y también contradicciones- en la implementación de la LOPNNA en Venezuela, se ha permitido escribir al respecto una aproximación al tema de los deberes¹¹⁵, que creemos oportuno resumir en este Capítulo por sus similitudes a las normas establecidas en la LEPINA al respecto.

En esa oportunidad escribí que "...El tema de los deberes de los Niños, Niñas y Adolescentes reviste importancia doctrinaria, técnica, profesional y relevancia social. En efecto, estos los deberes han sido utilizados como una forma de menoscabar los derechos humanos de esta población. Cada vez que un niño o adolescente invoca a sus derechos, los exige, los promueve o los defiende, los adultos suelen anteponer el cumplimiento de los deberes.

Se dice de los deberes que no han tenido suficiente tratamiento ni promoción como lo han tenido los derechos. Muchos sectores de la vida nacional y en particular aquellos más vinculados a la cotidianidad con el niño, especialmente en la Escuela, reclaman que los derechos de los niños se han convertido en un riesgo para que éstos cumplan con sus deberes y que cada día se hace más difícil convencer a los niños de la necesidad de que asuman deberes para que puedan tener derechos o, finalmente, que los niños no respetan los derechos de los demás, lo cual constituye una falta a sus deberes, y por tanto, una negación de sus propios derechos, por aquella afirmación de que "tus derechos llegan hasta donde nacen los derechos de los demás..."

Alrededor del tema de los deberes de los NNA, en fin, se han tejido una cantidad de afirmaciones (y negaciones), propias de la trascendencia que en un nuevo paradigma filosófico y social, adquieren las prácticas de los nuevos postulados. No todas esas afirmaciones (así como no todas las negaciones), y más bien casi ninguna de ellas se corresponden con el propio paradigma universal de derechos humanos de los niños, y gran parte se convierten en lo que la brujería es a la ciencia: meras especulaciones que carecen de explicación y razonamiento sostenible.

Estas y muchas otras confusiones, incluso en el mundo jurídico, justifican suficientemente la necesidad de abordar el tema para encender quizás aún más el debate sobre los deberes, pero un debate que esté centrado más en los derechos humanos de los niños que en la perversidad del castigo o en la especulación de la casuística y de la cotidianidad.

115 LOS DEBERES DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES. Consideraciones para el debate, publicaciones UCAB, 2006.

c. El Sistema de relaciones derecho-deber en los Derechos Humanos

Sin pretender ahondar en las diversas teorías acerca de los derechos y deberes, vista la especialidad de la teoría general de los derechos humanos, es preciso fijar los elementos que permitan analizar el tema de los deberes en el marco de la doctrina particular de protección integral de los niños.

En principio, enunciaremos que los deberes de las personas no son un acontecimiento fáctico o de hecho. Cuando así se les describen constituyen una elección personal, moral, ética, religiosa, filosófica o de otra índole, pero no una obligación jurídica.

Kelsen,¹¹⁶ ha dicho que la conducta humana, considerada individualmente, está prescripta en función (o, en sus palabras "condicionada") a otra u otras conductas humanas y que "... tanto la condición como la consecuencia es un acto de la conducta humana". Asiente, además, que las normas de un sistema social no están enfocadas directa o exclusivamente a la conducta humana, concluyendo que existen normas sociales que prescriben determinada conducta humana en forma incondicionada, son comportamientos uniformes y categóricos. Así, la producción del derecho, para este autor, es un conjunto entrelazado de hechos y conductas, advirtiendo al interpretar a Moritz Schlick "Que el sentido subjetivo de los actos que establecen derechos es un deber, no puede negarse seriamente, cuando esos actos son vistos, según su sentido como actos de mando, imperativos", por lo que no carecería de sentido decir que una conducta no es deber, aunque sea frente a un derecho de otro, sino resulta de un imperativo del derecho. Se requiere de una conexión normativa expresa, no de una interpretación causal de la norma. Es decir, la conexión fundante del derecho, que entrelaza las relaciones derecho y deber, no se refiere a los simples actos voluntarios, sino que estos actos, en contraposición a la realidad de los hechos o a la realidad de nuestro pensamiento o de nuestras ideas, no sólo se correspondan a una conexión o ley causal, sino a una prescripción (si se quiere "descripción") hecha por la norma jurídica. Esta característica del sistema relacional del derecho (derecho-deber), resulta distinto al sistema relacional propio de la naturaleza, y muchas veces, inclusive, de los sistemas sociales.

c. El problema de la correlatividad derechos/deberes en referencia a los derechos humanos

No obstante a Kelsen, para los derechos humanos el análisis suscita un interés ulterior y especial, que está centrado en la importancia de definir claramente a los derechos humanos mismos en el sentido de metaderechos constitutivos de condiciones subjetivas de las personas humanas que imponen una contraprestación y le son exigibles al Estado, al margen de su expresión normativa o legal.

La definición de los derechos humanos traerá consigo el valor de ahondar en el contenido intrínseco de sus normas y principios, y de sus razones ideológicas, con las relaciones que puedan presentarse entre derechos y deberes. Es decir, si mal definimos los derechos humanos, no tendremos clara noción de los deberes que se desprenden de los mismos.

En consecuencia, si los derechos humanos constituyen esas condiciones subjetivas de todas las personas humanas, ¿Cuáles es la correlatividad entre los derechos que encierran esas condiciones y los deberes que subyacen o que se originan de manera concomitante al reconocimiento

116 Kelsen Hans, Teoría Pura del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. P. 115 a 122

de los derechos? Además de la correlatividad, es decir, del carácter determinante de relación mutua entre derechos humanos y deberes, y de cómo se interrelacionan, interesa preguntarse quiénes son los sujetos de deberes y derechos en esa relación. Todo ello conduce a la interrogante acerca de si el reconocimiento o la existencia no reconocida "legalmente" de derechos humanos, al mismo tiempo implican una relación de "obligación" del sujeto beneficiario del derecho humano, es decir, si acaso el mismo sujeto, por el hecho de obtener una condición subjetiva de derechos humanos, está obligado a una conducta determinada concebida como deber jurídico.

Los derechos humanos, como sabemos, son irrenunciables, por tanto, si se impusiera una obligación jurídica correlativa al goce efectivo del derecho, estaríamos en presencia de una teoría del interés jurídico propia del derecho común, y no del derecho especial de los derechos humanos. La irrenunciabilidad, como principio informante de los derechos humanos, permite más que ningún otro entender de manera precisa que éstos no imponen como contraprestación, un deber del sujeto "beneficiario". A otros derechos, pero no a los derechos humanos, podrá adosarse la característica de ser concomitantes a los deberes.

En consecuencia, no es elegible para el sujeto demandante del derecho el goce del mismo. Penner,¹¹⁷ refiriéndose a la correlación entre un derecho y el beneficiario, al caracterizar la mayor o menor renunciabilidad, dice que existen derechos sujetos al control del tenedor del derecho, y otros que no lo están, por eso se establecen aquellos que interesan al tenedor que sean renunciables, pero los derechos irrenunciables no se pueden dejar al interés del tenedor del derecho. En ese sentido, considero que todos los derechos humanos están contruidos como proceso histórico-social que no se pueden dejar al interés del tenedor del derecho. En el ejercicio de los derechos humanos el tenedor no debería tener libertad de elección.

Así como el titular o tenedor no puede disponer de sus derechos, el sujeto obligado a cumplirlos, respetarlos o hacerlos efectivos no puede disponer por el tenedor del derecho. Esta indisponibilidad de los derechos humanos está indisolublemente vinculada a la naturaleza de orden público que tienen, la cual impide que, en cualquier caso, entren en el juego de los intereses o de las reglas del derecho privado, de tal suerte que no son los particulares los que definen condiciones, formas, sistemas o conductas de cumplimiento de derechos y deberes impuestos por el sistema jurídico de los derechos humanos. Por tanto, los derechos humanos no son relajables por acuerdos entre particulares y menos aún por acuerdos que los hagan depender de determinadas conductas de hacer o de no hacer por parte del beneficiario o titular del derecho humano, o que los condicionen en su cumplimiento a éstas conductas. En otras palabras, los derechos de los niños por ser derechos humanos, no dependen del cumplimiento de sus deberes, ni puede acordarse válidamente ninguna relación de dependencia entre derechos humanos de los niños y sus deberes.

La teoría del interés que es adosada a la relación negocial de las obligaciones jurídicas en el derecho común, en nada es aplicable en su mismo sentido a la teoría general de los derechos humanos. En derechos humanos se asumen derechos no como mero interés de quien los detenta, sino como condición subjetiva de derecho inalienable o indisponible, por lo que las posibilidades de identificar una carga específica de deberes al sujeto beneficiario del derecho para el goce efectivo de estos, no forman parte del sistema relacional (derechos-deberes), de la ciencia de los derechos humanos.

117 Pender J. El Análisis de los derechos. Universidad Externado de Colombia. P. 12

d. Distinción necesaria entre sujeto de derechos y sujeto de deberes

La construcción política y jurídica de los derechos inherentes a la persona humana, enfatiza la distinción entre el sujeto de derechos y el sujeto de deberes. Por esa razón, por ejemplo, los niños gozan del derecho a un nivel de vida adecuado (Vg. el artículo 30 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en lo adelante LOPNNA¹¹⁸), que no constituye de manera alguna una carga de deberes en el niño para procurarse su propio sustento (por ejemplo, trabajar), sino de unos terceros (Estado y familia), para que le procuren el sustento al niño como persona en desarrollo. Como denota claramente este ejemplo, procurarse los derechos humanos no es una tarea del beneficiario, sino de unos terceros a quienes se imponen deberes específicos.

En ese sentido, la relación derecho-deber en el mundo de los derechos humanos es radicalmente distinta a la del derecho común, porque tiene su fundamento principal en las garantías correlativas a los derechos reconocidos, y no en los deberes del sujeto beneficiario. Es decir, que lo que en el derecho común importa en términos de deberes, en el derecho humano importa en términos de las garantías. Si en el derecho común el préstamo impone un deber de pago al acreedor, correlativo al derecho de gozar de la cosa dada en préstamo, en los derechos humanos, para la vida por ejemplo, ese deber reposa en un tercero que brinda las garantías correlativas al derecho reconocido, como sería la de nutrición adecuada, vivienda, vestido, vida física, etc.

La contraprestación que en derecho común es propia de sujetos de la relación jurídica, en los derechos humanos parte del abstracto "negocial" de un sujeto siempre pasivo en la relación de derecho, cual es el Estado. Las obligaciones correlativas, léanse garantías primarias de hacer (contraprestaciones positivas), o de no hacer (contraprestaciones negativas), o secundarias de restituir el derecho infringido, declarar la nulidad de los actos y sancionar en derechos humanos serán siempre mecanismos de efectividad en forma de deber no imputables al tenedor del derecho. Tampoco se exige una conducta distinta, una conducta de deber imputada al sujeto titular del derecho. El derecho a no ser maltratado o a no ser torturado, valga otro ejemplo, no impone conducta alguna al titular del derecho a la integridad física, mental o moral, pero si impone un deber a los funcionarios policiales, judiciales, a las familias o responsables, entre otros.

Esta afirmación general comporta a su vez una excepción general aplicable a todos y cada uno de los derechos humanos, cual es la que surge de la obligación del sujeto tenedor de derecho a no ejecutar conductas (actos u omisiones), que puedan constituir un riesgo o una acción propicia para la vulneración o amenaza de sus propios derechos humanos. En esta excepción, no debe perderse de vista que a pesar de la conducta del sujeto de derechos, subsiste la obligación del Estado de asegurar las conductas y actuaciones necesarias para prevenir o proteger al individuo frente a su propia conducta.

No obstante a la excepción indicada, en materia de deberes correlativos a la condición del sujeto de derechos en la relación jurídica de derechos humanos, partimos del principio general de que estos, son exigibles frente al Estado (sólo cuando este cumple determinadas condiciones objetivas en forma de prestaciones surge la obligación de los padres o familias de coadyuvar en el cumplimiento de esos derechos). En tal sentido, afirmamos que la contraprestación al reconocimiento de los derechos humanos de los niños en forma de

118 Que es similar en la LEPINA, en su artículo 20

garantía primaria la adeuda el Estado, y que para ello resultan suficientemente claros los imperativos de los artículos 6 y 27 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y los artículos 16 y 20 de la LEPiNA. También la Convención sobre Derechos del Niño proclama en su Preámbulo que "...la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad".

Baldasarre¹¹⁹ respecto a la correlatividad entre derechos sociales y deberes establece claramente que **"...su contenido no está dado por comportamientos o conductas del titular de los mismos sino por una pretensión jurídica dirigida a otros sujetos (públicos o privados), con el fin de que éstos adopten comportamientos o conductas a favor del titular de los derechos mismos (prestaciones positivas)"**

De modo que el sistema de correlatividad de derechos/deberes en la relación de derechos humanos es, en primer orden entre niños como sujetos de derechos y el Estado como sujeto de los deberes correlativos al reconocimiento de los derechos. En segundo lugar, entre las familias, como sujeto de derechos y el Estado como sujeto de deberes, especialmente en todos aquellos aspectos relativos al cumplimiento de los derechos de supervivencia y desarrollo, y en tercer lugar, entre el niño como sujeto de derechos y la familia como demandado de deberes. El rol de la sociedad es el de vigilante y contralor social de esta relación, además de coadyuvar con el Estado y la familia en la garantía de los derechos a los niños. Todo lo dicho podríamos graficarlo de la siguiente manera:



Sobre este sistema relacional de derechos-deberes en derechos humanos, es inequívoco el artículo 7 de la LOPNA¹²⁰, acerca de la prioridad absoluta al obligar al Estado, a la familia y a la sociedad a asegurar todos los derechos y garantías de los niños y adolescentes, en concordancia con su artículo 3 eiusdem que excluye cualquier condicionamiento diferencial en el ejercicio de los derechos..."

119 Baldasarre, Antonio. Los Derechos Sociales, pag 183 a 207.

120 Que corresponde en la LEPiNA al artículo 13.

II. Título V de la LEPINA: Artículos 101 y 102.

Análisis, Consideraciones particulares sobre los deberes de las niñas, niños y adolescentes y las responsabilidades de los adultos

En dos artículos (101 y 102) la LEPINA establece lo que denomina “Deberes de las niñas, niños y adolescentes”. De tal manera que los aplicadores y actores en la implementación de la ley, deberán ceñirse a estas disposiciones legales en materia de Deberes de NNA, excepción hecha del último literal del artículo 102, que comentaremos de forma especial en este mismo Capítulo.

Título III Derecho al Desarrollo Capítulo I De la Personalidad
Artículo 101.- Disposición común La madre, el padre, el o los representantes o responsables de las niñas, niños y adolescentes, tienen el derecho y el deber de dirigirlos y orientarlos en el goce y ejercicio de los derechos establecidos en los artículos anteriores, de modo que los mismos contribuyan a su desarrollo integral.

La primera norma legal del Título V establece una Disposición Común que tiene su fundamento en el principio de responsabilidad familiar en la dirección y orientación de NNA para el ejercicio y goce de los derechos establecidos en esta misma Ley. Esta disposición, aunque reitera los artículos 7, 9 y 10, así como otra gran cantidad de normas en la propia LEPINA en que se afirma el carácter orientador de los derechos por parte de padres, madres, representantes o responsables (en salud, educación, protección, participación, entre otros); resulta trascendental haberla incluido, aunque parezca inútil su reiteración, ya que permite entender de forma precisa que ésta dirección y orientación es preludio, por decir lo menos, de la responsabilidad individual y social de NNA. Es decir, que la formación en derechos, la debida orientación y dirección en el goce y ejercicio de estos, hace posible también la asunción de una vida responsable por parte de NNA. Así, se confirma en la LEPINA el carácter de aliado que tienen los derechos humanos para el cumplimiento de responsabilidades de forma progresiva.

Valgan entonces reproducir y dar por entendido lo que respecto a la orientación debida para el ejercicio de los derechos de NNA hemos abundado en esta obra, sin mayores comentarios.

b. Análisis y consideraciones particulares sobre los deberes de NNA en la LEPINA.

Algunas hipótesis o casos prácticos.

Al inicio del presente Capítulo hemos dejado asentado que no existe correlatividad entre el ejercicio de los derechos humanos y el cumplimiento de los deberes, puesto que la relación jurídico-normativa entre unos y otros parte de una conceptualización que varía del derecho común en general. Para ello hemos hecho uso de un ampliado análisis que dejó establecidas las

premisas sobre las cuales se analizan los deberes en materia de derechos humanos, haciendo uso de un ensayo escrito por este autor en ocasión de Jornadas Nacionales en Venezuela que debatieron profundamente este asunto, celebradas en la Universidad Católica Andrés Bello, en el año 2006.

También en aquél ensayo y en el evento indicado, se analizó el artículo 93 de la ley venezolana, que es similar al artículo 101 de la LEPINA, por lo que con las respectivas adecuaciones pasaremos de seguidas a comentar suficientemente este último.

Título III Derecho al Desarrollo Capítulo I De la Personalidad
Artículo 102.- Deberes Las niñas, niños y adolescentes tienen los siguientes deberes: a) Conocer y defender activamente sus derechos; b) Respetar y obedecer a su madre, padre, representantes, responsables y maestros; c) Tratar con respeto y decoro a los funcionarios y empleados públicos; d) Respetar los derechos y garantías de las demás personas; e) Respetar y cumplir la Constitución y las leyes de la República; f) Respetar los símbolos patrios y la diversidad cultural; g) Reconocer la historia nacional; h) Cumplir con las obligaciones y deberes escolares y familiares; i) Proteger y conservar el medio ambiente y hacer uso racional de los recursos naturales; y, j) Cualquier otro deber que se establezca en esta Ley.

Sin duda que el carácter con que se consagran los deberes de los niños y adolescentes no sería de fácil ni correcta interpretación sino se vinculan en su análisis lógico y en su alcance, a la disposición contenida en el artículo 7 de la LEPINA que consagra el ejercicio progresivo de sus derechos y garantías, y por tanto la exigencia en el cumplimiento de sus deberes, es también un asunto progresivo.

c. La naturaleza Jurídica de los deberes de los niños

Para el análisis de los deberes consagrados en la norma transcrita partiré de la tesis explanada acá de que las niñas, niños y adolescentes como titulares de los derechos consagrados en la ley positiva y en los instrumentos internacionales, la regla general es que no existen obligaciones correlativas a los derechos que se les reconocen y de que los titulares no están en la libertad de elección de sus derechos por el interés que detentan en un momento o en una circunstancia determinada, sino que éstos derechos humanos consagrados en ley existen independientemente de la elección que hagan de cumplir o no con sus deberes. Es decir, que

el cumplimiento de los derechos y garantías de los niños no están condicionados ni sujetos de manera alguna al cumplimiento inmediato o progresivo de sus deberes. La naturaleza jurídica de los derechos de los niños es así la de derechos-derechos y no la de derechos-deberes. Los derechos humanos de los niños son exigibles bajo toda circunstancia y condición tanto del sujeto beneficiario como de los obligados a darle cumplimiento a estos derechos, los que les hace –insisto- derechos-derechos de estricto e imperativo cumplimiento y sin condicionamiento alguno. El artículo 2 de la CDN concordante con el artículo 11 de la LEPINA, acerca de la prohibición de discriminación es un principio que fundamenta la naturaleza jurídica positiva de los derechos de los niños con el carácter de incondicional cumplimiento, sin distinción, discriminación o condición de ninguna índole.

Igualmente, la naturaleza positiva de los derechos humanos, y el carácter integral que les anuncia como principio, precisa de su disfrute de manera ineluctable, como precisa de la orientación adecuada para ejercer derechos y cumplir deberes. Esta orientación adecuada que da naturaleza de responsabilidad social al cumplimiento de los deberes permite tener una visión desprejuiciada de los mismos, que a su vez permite entenderlos y analizarlos en un contexto jurídico en el que a pesar del hecho de que la legislación nacional los haya titulado como deberes, constituyen verdaderas responsabilidades sociales en una doble dimensión:

- 1) para Las niñas, niños y adolescentes de manera progresiva, lo cual significa que están íntimamente vinculados a la evolución de sus facultades;
- 2) para los adultos, padres, responsables, familiares, instituciones próximas al desarrollo del niño, de manera inmediata y permanente, por el deber que asumen en garantizar la orientación, educación y contribución al desarrollo de las habilidades de los niños y adolescentes que conduzcan de manera adecuada al cumplimiento de los deberes.

Esta doble dimensión jurídica de los deberes de los niños y adolescentes es la que, a mi modo de ver, tuvo en cuenta el legislador al afirmar en la exposición de motivos de la LOPNA, acerca del derecho a opinar de los niños y adolescentes calificándolo como el más novedoso, diciendo que **“La edad es un tema esencial dentro de la definición de niña, niño y adolescente (art. 2) que se dispuso a aclarar debido a que el ejercicio de los derechos se encuentra vinculado con su desarrollo. El ejercicio de algunos derechos depende de su desarrollo físico y psicológico, así como de sus deberes.”**, lo cual es además absolutamente coherente con el intelecto de la fuente inmediata de la LEPINA, es decir, con la Convención internacional sobre los Derechos del Niño.

Naturaleza Jurídica de los Deberes de NNA	
• El cumplimiento de los Derechos y Garantías no están sujetos de manera alguna al cumplimiento de sus deberes. • La naturaleza jurídica de los derechos de los niños es así la de derechos-derechos y no la de derechos-deberes. • Los artículos 2 de la CDN y el 11 de la LEPINA fundamentan la naturaleza jurídica positiva de los derechos de los niños con el carácter de incondicional cumplimiento sin distinción de ninguna índole	• Son derechos de estricto cumplimiento y sin condicionamiento alguno • Los derechos de los niños no son correlativos al cumplimiento de sus deberes, son correlativos a las garantías por parte de Estado, Familia, Sociedad • Los deberes de los niños son verdaderas responsabilidades sociales: • Para NNA de manera progresiva • Para los adultos próximos al desarrollo de los niños (Orientación educación adecuada al cumplimiento de sus deberes)

En este marco, la exigencia de los deberes a los niños y adolescentes es, a su vez, una precisa exigencia a las familias y a la sociedad entera, de cumplir con el deber de dar orientación adecuada para que los primeros puedan conducirse con arreglo al cumplimiento de los deberes. Así, cuando por ejemplo un maestro se queja de la conducta inapropiada de su alumno estará revirtiendo sobre sí mismo el reproche socio-jurídico de no haber hecho lo apropiado para que el niño asuma sus responsabilidades en el aula y/o que los padres o representantes también han dejado de hacer lo propio.

El carácter progresivo de los deberes establecidos para niños y adolescentes en la LEPINA no parece tener mucha claridad si lo desprendemos de la obligación en que estamos los adultos de orientarlos para su cumplimiento de acuerdo al desarrollo de sus facultades.

Como se ha dicho, un análisis desprejuiciado y conforme a la tesis explanada de la correlatividad entre derechos y deberes, nos conduce, al menos, a dos conclusiones:

1.- La primera, que la correlatividad en el reconocimiento de los derechos humanos a los niños es, sin duda, el goce efectivo de los derechos reconocidos a los titulares (niños y adolescentes), y el deber correlativo de cumplimiento de deberes de hacer o no hacer por parte del Estado, la familia y la sociedad, en cada uno de sus roles.

2.- La segunda, que todos los deberes contemplados en el artículo 102 de la ley, en lo que a niños se refiere (menos de 12 años conforme al artículo 3 de la ley), comprometen responsabilidades en el desenvolvimiento personal, familiar y social sin consecuencia jurídica sancionatoria, los cuales podríamos definir como "deberes en blanco", por carecer del carácter coercitivo que imprime el derecho a través de la sanción, mientras que otros en lo que a adolescentes se refiere (más de 12 años y menos de 18), comprometen responsabilidades legales, incluso penales, con medidas socio-penales (de carácter socioeducativo), en el caso que tales conductas configurasen delitos de acuerdo a la legislación penal especial del país.

d. Elementos para la construcción de un criterio de progresividad en el cumplimiento de los deberes por parte de niños y adolescentes

Cualesquiera que sean los elementos a considerar para la elaboración de un criterio acerca de la progresividad en el cumplimiento de los deberes, por parte de los niños y adolescentes, deben tener como eje primordial que los derechos no son correlativos al cumplimiento de los deberes. Los derechos humanos de los niños y adolescentes son derechos per se o como se ha dejado dicho, son derechos-derechos. No hay norma jurídica que en referencia a los derechos humanos de los adultos, en cualquiera de sus edades, los coloque en dependencia al cumplimiento de los deberes. De consecuencia, si los niños, niñas y adolescentes son sujetos sociales de derechos y se les ha reconocido universalmente sus derechos fundamentales, la interpretación y aplicación de los derechos no puede diferenciarse de la que se hace a los adultos. Ningún adulto, por ejemplo, está obligado a cumplir una actividad determinada para que los funcionarios policiales respeten el derecho a la vida, como tampoco lo está para que no sea torturado, o para que, en fin, sea respetado en su dignidad como ser humano.

La razón de que los derechos humanos deban cumplirse indefectiblemente, no supeditados a ninguna condición de los sujetos titulares de estos derechos, no contradice de manera alguna el cumplimiento de deberes fuera del ámbito del derecho de los derechos humanos, como lo es, por ejemplo, el respeto a la vida de los demás y las sanciones correlativas de carácter penal, ante el incumplimiento de este deber. Los deberes de las personas, aquellos a los que la ley da el carácter imperativo, se expresan en normas bien de derecho penal, bien de derecho civil o de las otras ramas del derecho que no son precisamente en la rama de los derechos humanos. El ideal de los derechos humanos no alcanza al ideal del derecho penal sino en cuanto a los derechos de las víctimas y del procesado o del reo, en los que se atiende fundamentalmente a la protección debida por los Estados a estos sujetos, por cuanto aún las indemnizaciones que el victimario debe a la víctima, constituye una forma de indemnización civil derivada de un acto ilícito penal.

Insistimos en que los elementos a considerar para la elaboración de un criterio jurídico-social en el cumplimiento de los deberes, deben atender a la noción de inexistencia de correlatividad entre derechos humanos y deberes de los titulares. Siendo así, el deber correlativo al derecho humano reconocido a los titulares está asignado al Estado, a la familia o a la sociedad, en cada uno de los roles particulares o comunes que les están atribuidos, conforme a la doctrina de derechos humanos de los niños.

Algunos de los principales elementos a considerar para la elaboración de un criterio en el cumplimiento de los deberes por parte de los niños y adolescentes, son:

d.1 Diferencias jurídico-sociales entre los deberes de los niños y deberes de los adolescentes

Los deberes establecidos en la legislación para las niñas, niños y adolescentes no tienen una misma dimensión ni alcance jurídico para ambos grupos de edades, tanto por las consecuencias que se derivan para los adolescentes que difieren de las que corresponden a los niños, como por razón del propio principio de progresividad que expresa el artículo 7 de la LEPINA. En un estricto sentido jurídico, la exigencia en el cumplimiento de los deberes a las niñas y los niños se distancia de la exigencia a los adolescentes. La ley, en su artículo 3, define a los niños y niñas como toda persona menor de doce años de edad y a las y los adolescentes con doce años y menos de dieciocho años de edad. Esta norma, en coherencia con las que analizaremos, permiten diferenciar a su vez los deberes asignados a uno y otro grupo etario.

Los deberes en las niñas y los niños

En lo que a niñas y niños se refiere, no puede exigírseles coactivamente "...respetar y cumplir la Constitución y las Leyes de la República" del literal "e" o el del literal "j" del artículo 102 de la LEPINA, por cuanto es justamente en la niñez en donde se encuentra comprometida de manera más responsable la acción de los adultos en formar de manera adecuada la conciencia social para el cumplimiento de estos deberes, y fundamentalmente porque están excluidas las niñas y niños de la esfera de responsabilidad socio-penal. Por otra parte, es inimaginable por ejemplo que un niño en la primera infancia, entre los cero y tres años, de respeto y cumplimiento a normas constitucionales o legales,

En este marco, en el caso de las personas menores de 12 años, estamos en presencia de verdaderas responsabilidades sociales de carácter progresivo y no en presencia de deberes jurídicos en estricto sentido, por lo que ninguno de los literales contenidos en el artículo 102 de la Ley constituyen ordenes de imperativo cumplimiento que puedan arrojar alguna sanción como consecuencia de su inobservancia, exceptuando el carácter amplio del particular "h" de esta norma en el entendido de que en una de las obligaciones en materia de educación está comprendida la adecuada disciplina, cuyo incumplimiento sería sancionado conforme a las disposiciones del artículo 89 eiusdem en concordancia con lo que establezcan los reglamentos disciplinarios de la escuela o instituto de educación.

Los Deberes en los adolescentes

A diferencia de los niños, las normas jurídicas establecen consecuencias legales para los adolescentes ante el incumplimiento de algunos de los deberes, como es el caso, verbigracia, de los literales "e", "f" y "j", referidos al respeto y cumplimiento de la Constitución y las leyes de la República, el respeto a los símbolos patrios y la diversidad cultural, y cualquier otro deber que se establezca en la Ley, respectivamente. Obvio resulta entender que fijada la responsabilidad socio-penal de los adolescentes, una conducta contraria al cumplimiento de estos tres deberes, podría traer consecuencias penales para el adolescente, si en dicha conducta se configura un acto típicamente antijurídico y culpable, es decir que se encuentre preceptuado como delito en una ley penal, en cuyo caso la consecuencia para el adolescente sería la aplicación de alguna de las sanciones a que se contraiga el ordenamiento jurídico-penal.

Lo que interesa significar, en todo caso, es que mientras los literales "e", "f" y "j", del artículo 102 de la LEPINA no traen consecuencias a los niños y niñas por su incumplimiento, dada la abstracción que de ellos se hace de la esfera de la responsabilidad socio-penal; resulta evidentemente distinto en caso de adolescentes, por cuanto el incumplimiento de estas conductas preceptuadas en la norma sobre los deberes, podría eventualmente configurarse en delitos.

Sin embargo, para ambos casos, niños, niñas o adolescentes, otra distinción en la que se insiste a lo largo de este documento consiste en no confundir la exigencia de deberes a unos u otros, con el goce efectivo de sus derechos humanos. Es decir, aunque NNA incurriesen en la falta a un deber, por grave que sea, no pierden su condición de sujetos de derechos. La distinción hecha es mucho más categórica aún si nos percatamos de que la LEPINA no vincula de manera alguna el cumplimiento de deberes con el respeto y observancia de los derechos, diferenciando claramente el papel de los obligados en la relación de derechos humanos, del papel del niño, niña o adolescente respecto de los derechos y deberes. En primer lugar, los obligados que aparecen como garantes en la exigibilidad de los derechos,

o en la corresponsabilidad, están expresados en los artículos 9 y 13, y en segundo lugar, los sujetos niños, niñas o adolescentes tienen una gama de deberes taxativos que no condicionan el goce de sus derechos, por cuanto no son contraprestación adeudada en materia de derechos humanos.

A todo evento, los derechos humanos se distinguen legalmente tanto respecto a los sujetos de la relación (titulares de derechos y obligados a cumplirlos), como respecto a los deberes individuales, sociales y legales del sujeto de derechos, que entran en otro campo distinto al del sistema relacional de los derechos humanos. Así, por ejemplo, el deber de no matar que tiene una persona natural, al ser incumplido cometiendo homicidio, entra en el campo del derecho penal y no de los derechos humanos, como el deber que tienen NNA de cumplir sus tareas educativas, entra en el campo del derecho disciplinario y no de los derechos humanos. Los Derechos Humanos, si, se comportan acá como metaderechos que privan sobre el campo del derecho penal y disciplinario, respectivamente, para proteger en ambos procesos al imputado, pero sólo respecto de ello, y justo por ello es que el derecho de los derechos humanos informa al campo del derecho penal con principios garantistas, pero el derecho penal o el administrativo/disciplinario no invaden el campo de los derechos humanos para establecer condiciones en el cumplimiento de derechos de la persona.

En definitiva, resulta obvia la distinción en el cumplimiento y en la exigibilidad de los deberes a niñas y niños con respecto a los y las adolescentes, desde el punto de vista jurídico, como resulta obvio que las normas de la LEPINA en su conjunto consideraron la diversidad de edades en relación con el desarrollo, tanto en las diferentes edades de la niñez, como en la de la adolescencia entre sí, y de estos respecto a las niñas y niños. Así, es evidente que en coherencia con las teorías del desarrollo, que tiene que ver con la maduración de la persona humana, se conciben legislaciones internas de orden penal, referidas a la responsabilidad sociopenal de adolescentes, y la exclusión de ésta responsabilidad a las niñas y niños, y a su vez, en la distinción de los adolescentes en grupos (algunas legislaciones por ejemplo, de doce años hasta menos catorce, y otro de catorce hasta menos dieciocho años) para la aplicación de las sanciones. Todo ello en concordancia con el artículo 40 de la CDN y atendiendo a los principios procesales que allí se contienen, en donde destacan el de proporcionalidad especial, el de presunción de inocencia, el de libertad y su privación sólo como medida excepcional, de último recurso y por el menor tiempo posible

En ese mismo sentido y en atención al desarrollo, la distinción del grado de madurez tiene que ver con el ambiente familiar, social, educativo y cultural de los niños, pero resulta obvio que los niveles cognoscitivos de los niños respecto de los adolescentes marca la pauta para la progresividad en la exigibilidad de los deberes, y al interior del grupo etario de niños, sucede lo mismo. Es evidente que, por ejemplo, para materializar el deber de honrar a la patria y a sus símbolos, no se le puede exigir a un recién nacido que entone el himno nacional, como resultará también que los deberes en materia de educación a un preescolar o en educación parvularia no son igual de exigibles que a un escolar de 11 años o de éste y el primero respecto a un adolescente de 16.

Estas distinciones entre niños y adolescentes, y al interior de cada uno de estos grupos etarios, es necesaria y obligatoria para la exigibilidad en su cumplimiento.

En este punto, por todo lo analizado anteriormente debemos concluir que la norma jurídica del artículo 102 tiene una especie de carácter dual en el sentido de que estando referida expresamente tanto a niños como adolescentes, prácticamente ninguna (exceptuando la del particular "h"), genera consecuencias legales ni sanciones a las niñas y niños, mientras que muchas de ellas sí a los adolescentes. En otras palabras, los deberes contenidos en esta norma son deberes en blanco en lo que a niñas y niños respecta, por no tener sanción alguna su incumplimiento, mientras que son deberes estricto sensu para adolescentes.

d.2. Las Responsabilidades de los Adultos

No cabe duda que deberes de niñas, niños y adolescentes se ubican en una dimensión apropiada en lo jurídico y en lo social. Las niñas y niños están en un proceso inicial del desarrollo de la vida humana en el que la exigencia de determinadas conductas requiere poner mayor acento en la formación para que éstas sean aprehendidas.

También es cierto que en las diferentes etapas de la vida de NNA necesitan del mundo que les rodea para aprender, aprehender y afianzar conductas y modelos. Por esta razón, no resulta descabellado afirmar que a mayor indisciplina de los niños, y a menor disposición en el cumplimiento de sus "deberes", mayor preocupación debemos tener por la forma en que se está desarrollando el mundo que hemos construido y que les rodea. Así, si un niño se educa en un hábitat social de intolerancia, de represión, con ausencia de reglas y prácticas dignas de lo humano, seguramente incumplirá de forma reiterada el "deber" de "respetar los derechos y garantías de las demás personas" establecidos en la letra "d" del artículo 102 de la LEPINA.

Para una familia, igual que para la escuela, y con mayor razón para la sociedad entera, el motivo de preocupación por el incumplimiento de los deberes por parte de los niños no debería situarse en posición de juzgar al niño mismo, o de juzgar a los derechos que se le han otorgado como culpables de la anarquía y el irrespeto, sino que debería colocarnos en situación de revisarnos profundamente en la ineptitud y el fracaso en que estamos incurriendo por no cumplir el deber de orientarles adecuadamente, en el mejor de los casos, o por la intolerancia, autoritarismo, indiferencia y desigualdad que hemos fundado en nuestras sociedades, en el peor pero lamentablemente más común de los casos.

El carácter taxativo de los deberes contenidos en el artículo 102 es también taxativo de las responsabilidades familiares explanadas en la ley, y que tienen su expresión general en el párrafo segundo de los artículos 9 y 20 que obligan a la familia a ofrecer un ambiente de afecto y seguridad a sus hijos como medio para su desarrollo integral.

Los adultos tenemos la responsabilidad de garantizarles a NNA una formación adecuada a las diversas edades por las que transitan hasta su desarrollo integral. En tal sentido, la formación y educación en derechos y deberes que comprende además el desarrollo de la niñez y adolescencia en un ambiente de respeto y dignidad humana, es determinante en la conciencia individual y social, para atender a la exigibilidad progresiva en el cumplimiento de sus deberes. Si los adultos no cumplimos la tarea, aún estando obligados legalmente por razón del ejercicio de la Autoridad Parental, por ejemplo, las NNA tampoco cumplirán la suya. Será cuesta arriba exigirle a un niño que respete los derechos de las demás personas cuando la familia, la escuela, la comunidad o todos han irrespetado los suyos.

e. De la represión y autoritarismo a la disciplina consciente para el cumplimiento de los deberes

No hay duda acerca de la existencia de una cultura autoritaria de adultos próximos a las NNA. Nos hemos acostumbrado al tratamiento autoritario como fórmula para disciplinarlos y para que nos obedezcan, aún en aquellas tareas y actos evidentemente contrarios a la dignidad humana. El cambio paradigmático sigue siendo hoy día un reto en cuanto a las transformaciones culturales e institucionales, que no hemos cumplido aún. La verdadera revolución del paradigma de protección integral a los niños sigue teniendo su fundamento en la necesaria e ineludible transformación de las estructuras ideológica, cultural e institucional, que en ese sentido, lamentablemente ha sufrido tan sólo minúsculos cambios.

La armonía que requieren los deberes con la conciencia individual y social de las personas no es puro asunto ético. Leyes como la LEPINA no pretenden la aplicación represiva de las normas sobre deberes de los niños y adolescentes, sino que apuntan a las responsabilidades de los adultos en la formación de una disciplina consciente en las NNA que facilite el cumplimiento de la norma. Por esa razón, la práctica de la corrección debida por parte de padres, representantes o responsables no está condenada ni prescrita por la ley. Digamos más bien, que se encuentra autorizada o permitida, entre otros supuestos, de la siguiente forma:

1. **En el ejercicio de la Autoridad Parental**, especialmente en el deber de educación integral de los hijos, cuya responsabilidad comprende tanto las orientaciones como la práctica cotidiana del respeto a los demás, la obediencia legítima y consciente, pero por igual obliga a los padres al respeto a sus hijos, al deber de escucharlos y atenderles sus peticiones, por ejemplo. Por tanto, en el ejercicio de la Autoridad Parental los padres están autorizados a orientar las reglas y valores en el comportamiento, y por ser una interrelación humana, también los padres están obligados a acatar y cumplir con sus hijos las reglas y valores de comportamiento que respeten la dignidad de éstos. En su más correcta acepción la patria potestad o ejercicio del patrio poder es un derecho-deber, y por tanto, impide la violación de los derechos a los hijos e hijas, so pretexto del deber correccional, es decir, que constituye una prohibición del autoritarismo, de la represión y de las conductas que configuren violación de algún derecho a sus hijos e hijas, sin que tengan como pretexto, excusa o excepción el supuesto incumplimiento de los deberes.

Ante cualquier conducta de parte de los niños que pueda significar el incumplimiento de los deberes en el seno del hogar, se impone a los padres la necesidad de corrección por vía de la educación, la orientación, las reglas precisas y conscientes de conducta compartida, en términos de ejercicio práctico de la igualdad de trato, y de respeto mutuo.

Así como una conducta de irrespeto hacia los padres, por parte de los hijos o hijas (tómese como ejemplo no escuchar a sus padres acerca de los deberes básicos del hogar, o los deberes en materia de educación), es condenable y amerita reglas disciplinarias contundentes para con los hijos, pero de respeto a su dignidad e integridad como seres humanos, también una conducta inapropiada de uno cualquiera de los progenitores, en el mismo ejemplo, no escuchar a los hijos o no cumplir con los deberes del hogar, merece reglas claras y contundentes que, con respeto a la autoridad y dignidad de los padres y madres, disciplinen el error en que incurren al no escuchar ni atender debidamente las justas peticiones de sus hijos e hijas. Se trata, insisto, de una interrelación humana, en donde no tiene cabida la negación de los derechos fundamentales y en la que el respeto mutuo se alcanza a través de la conciencia individual y social, es decir, se aprende de manera consciente y no represivamente.

2. **En la disciplina escolar**, los educadores están en la obligación de administrar la disciplina de forma respetuosa a los derechos, garantías y deberes de los niños o adolescentes, como lo establece el artículo 89 de la LEPINA. Los maestros o docentes, o las autoridades educativas en su caso, tienen la obligación inmediata de materializar una educación de principios y valores, que forme en el educando el conocimiento propio del saber humano, de las actitudes y aptitudes para la vida, y en esa tarea se encuentran en una relación cotidiana con los niños, tan próxima a la vida y al desarrollo de éstos como la de los padres. Estas funciones colocan en un alto valor de importancia la misión de los educadores. De allí que si bien las niñas, los niños y adolescentes tienen derechos, los educadores también son seres humanos, cuyo rol en la vida y formación adecuada de NNA no se puede desmeritar ni subvalorar por el hecho de que a los primeros NNA, le sean reconocidos sus derechos. Esta verdad ontológica debe ser compartida con otra (y no enfrentada como muchas veces se ha pretendido), cual es que el ejercicio de la autoridad en la Escuela debe dejar de ser el de un ambiente autoritario en el que se imponen actitudes, conductas, métodos, prohibiciones, y en general, decisiones sin que medie la razón, la participación y el respeto del alumno o alumna. Aún hoy, el ejercicio de la democracia está muy lejos de nuestras escuelas, pues aunque pretenda formar para el ejercicio de la libertad, es una realidad que la escuela practica muchas veces la dictadura, por aquello de que “letra con sangre entra”, que se erigió en una fórmula de intimidación no sólo para “el aprendizaje”, sino también para casi todas las actividades de relación Escuela-Alumno, Maestro-Niño.

En la tarea de disciplinar a los niños es donde la escuela expresa de manera más directa la abierta contradicción entre su objetivo fundamental, cual es el de educar y el ejercicio de serios castigos “disciplinarios”, que incluyen vejámenes físicos o verbales, incluso morales. Una supuesta disciplina basada en el terror, la injusticia, la intimidación, el castigo y, en fin, basada en la violación de derechos humanos, en nada contribuye con la noble misión de educar para los valores de tolerancia, respeto, igualdad y democracia. Por el contrario, una disciplina escolar que tenga como práctica esas conductas se convierte en un modelo de agresión y frustración que seguramente trae como consecuencia respuestas violentas de parte de las niñas, niños o adolescentes, cuando no un motivo más que se agrega a los tantos ingredientes causantes de la deserción y/o abandono escolar.

Por estas razones, el artículo 89 de la LEPINA, que hemos analizado ampliamente en esta obra, establece de forma clara las reglas básicas a considerar en el ejercicio de la disciplina, tales como el principio de la legalidad de los actos que constituyen indisciplina y de la legalidad de las sanciones, el acceso e información oportuna a los reglamentos disciplinarios, el ejercicio de los derechos a opinar, a la defensa y a la impugnación de la sanción disciplinaria, la prohibición de las sanciones corporales y colectivas, y de las sanciones por causa de embarazo. Adicionalmente la sanción disciplinaria está obligada a considerar el grado de madurez del niño, niña o adolescente, es decir, la evolución de sus facultades, por lo que se debe gradar la escala de sanciones disciplinarias conforme a la edad, además de los elementos expresamente ordenados por la norma en comento.]

También es necesario dejar asentado de forma inequívoca que en el supuesto de que un niño o adolescente incurra efectivamente en una falta a la disciplina en la escuela, el proceso para imponer la sanción tiene su principal objetivo en contribuir (valga redundar), al proceso educativo y de prevención, más que el de sancionar en sí mismo. Por esta razón, la sanción es la “última ratio” en la solución de los conflictos suscitados en la relación escuela-niño. Por esta consideración debe entenderse que de manera alguna el proceso disciplinario sea una venganza del maestro o de las autoridades educativas, o una imposición autoritaria, sino una herramienta apropiada para afianzar en el niño el sentido de responsabilidad individual frente a sus actos. Y en otra dirección, el proceso disciplinario, respetando los derechos de ese niño, se legitima y cumple un rol de prevención para el resto de niños o adolescentes.

Entendiendo este proceso de interacción y conciencia en la disciplina escolar, los derechos humanos son aliados de las autoridades en la corrección de conductas que configuren incumplimiento de deberes por parte de los niños o adolescentes. Como aliados, la educación en derechos hace del niño o adolescente una toma de conciencia y de posición seria, responsable y respetuosa del mundo que les rodea. Esta educación en derechos debe estar en sintonía con una conducta apropiadamente respetuosa de los niños y de su condición de seres humanos, para que se revierta en respuesta similar de parte de los niños a sus maestros, a sus autoridades y a su escuela, lo cual constituye un honesto ejercicio de socialización que da sentido a la relación de cualquier grupo humano.

Como quiera que se trate de una interacción humana, las reglas de conducta de maestros o maestras hacia NNA deben estar también claras y en conocimiento de éstos últimos. En consecuencia, de igual forma que el incumplimiento de deberes por parte de los NNA hacia sus maestros constituye razón para el proceso disciplinario, el de los maestros para con los niños, debe conducir a idénticos procedimientos.

En conclusión, tanto para el ejercicio de la Autoridad Parental como para la relación maestros-niños, la disciplina es un proceso que depende no sólo del niño y si con mayor énfasis de los adultos, especialmente aquellos que jugamos un rol significativo en el proceso de desarrollo del niño, es decir, en su crianza, su cuidado, protección y educación. Así, el logro de conductas en los niños, comprometida con los deberes que tiene, no es un acto, es un proceso. Por ello, la obediencia no es permanente ni comprometida cuando proviene de una simple orden, o de una orden aislada del adulto, sino cuando esta es producto de un proceso de desarrollo

de actitudes mutuas y compartidas, y no de mandatos represivos. Constituye entonces un reto para maestros, padres, responsables, comunidades, programas, etc, lograr la disciplina consciente en las NNA, a través de la interacción respetuosa con el mundo que les rodea, incluyendo el mundo adulto.

Esta interacción debe estar orientada por el respeto de sus derechos, la práctica de éstos, así como la orientación de los deberes y las prácticas para su cumplimiento. En ese sentido, la participación abierta, libre, colectiva e individual en asuntos relevantes de su vida, por ejemplo, el juego, la recreación, la alimentación, las decisiones de la escuela o de la familia, constituyen la clave para este fin. Así, la obediencia, entendida en términos de deberes y atendiendo al principio de progresividad de éstos, pasa de ser un acto de disciplina a una actitud de vida, de carácter consciente. Actuar disciplinariamente con los NNA, basados únicamente en la noción normativa de los deberes contenidos en el artículo 102 de la LEPINA, o eventualmente en las disposiciones disciplinarias de un reglamento escolar, desconocería dos aspectos que son fundamentales y concomitantes a la norma jurídica: 1) La progresividad en el cumplimiento de los deberes, y 2) La Responsabilidad de los adultos en la formación en deberes. Por tanto, la lectura del artículo 102 de la ley, debe hacerse en forma conjunta con la disposición de su artículo 7, y con las responsabilidades derivadas del ejercicio de la Autoridad Parental, respecto de los padres, y en el caso de los educadores, con acatamiento de las disposiciones de los artículos 81 y 89 de la misma ley.

En conclusión, se trata de superar la represión como una de las prácticas del autoritarismo hacia NNA, lo que en cualquier caso, no es sólo un deber ético, sino con consecuencias legales, incluso penales, pues la el trato cruel a que sean sometidos NNA por parte de autoridades, guardadores o vigilantes, mediante vejación física o síquica, constituye sin duda un delito de derechos humanos, con efectos penales para aquellos que lo ejecuten u ordenen.

III. El incumplimiento de deberes por parte de las niñas, niños y adolescentes y las medidas de protección

Todo lo dicho respecto a los deberes, no pretende dejar a un lado el contexto jurídico normativo que obliga igualmente a asegurar que estos deberes sean cumplidos por parte de NNA, toda vez que un comportamiento progresivo y continuado que denote el incumplimiento de los deberes puede ser objeto de una medida de protección, entendida como la orden emanada de la Junta Departamental de Protección competente para preservar o restituir derechos o garantías a un niño o grupos de niños individualmente considerados, conforme a los artículos 119 y 120 de la LEPINA.

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. Quizás un ejemplo explique mejor: cuando una niña, niño o adolescente, de manera injustificada y sin que medie violación del derecho por parte de la Escuela, deja de cumplir sus obligaciones en materia de educación (por dedicarse a juegos de Internet, por ejemplo), ausentándose de manera reiterada del centro educativo o dejando de cumplir sus tareas y deberes escolares, es evidente que este deber incumplido por parte del niño lesiona su propio derecho a la educación y podría ameritarse de una medida de protección.

El fundamento de esta medida de protección se encuentra en la necesidad de proteger al niño o adolescente de que se trate a través de la restitución o preservación, según sea el caso, de un derecho violado o amenazado por la acción del niño mismo al incumplir con sus deberes. Los literales “b”, “c”, “d” y “h” del artículo 102 de la LEPINA, abren un amplio margen para que en diversos supuestos se aplique la medida de protección a NNA por incumplimiento de sus deberes, o para que se apoye a los padres en el cumplimiento de sus obligaciones de cuidado, orientación y formación integral de sus hijos e hijas, o para que los padres asuman las responsabilidades que tienen en ocasión de orientarlos adecuadamente o de facilitar respetuosamente el cumplimiento de los deberes, en la forma en que acá hemos explicado.

De manera alguna la medida de protección puede privar derechos en la niña, niño o adolescente. De lo que se trata es de proveer una acción, una abstención o la aplicación de un programa determinado para que cese aquel incumplimiento de deberes que eventualmente vulneraría sus propios derechos, como en el expuesto ejemplo del niño que abandona las tareas escolares por el Internet, o se ausenta de sus horas de clases, y en esa medida de protección se puede obligar tanto al niño como a los padres o maestros, o a todos, según sea el caso.

Aunque no es parte inmediata del tema que nos ocupa, debemos dejar asentado que también la medida de protección constituye un mecanismo de restitución o preservación de derechos de los niños o adolescentes, cuando a éstos se les viola o amenaza un derecho, so pretexto de una conducta disciplinante o de una corrección para que cumplan sus deberes. Así, si el maestro, los padres, los vigilantes o cuidadores, o los responsables del niño o adolescente, incurren en una violación o amenaza de derechos, utilizando como argumento que el niño no cumple con sus deberes, o que le están disciplinando para que lo haga, estarían incurriendo en un acto violatorio, que amerita una medida de protección, que restituya el derecho conculcado y obligue a una conducta distinta al violador del derecho.

IV. Los niños y adolescentes tienen el deber de defender sus derechos

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. En consecuencia, nada debe extrañar a los adultos que lo hagan efectivamente, nada tienen que reprocharles y nada tienen que prohibirles en la tarea de defender y promover activamente sus derechos. Por el contrario, conforme a la previsión del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en tal sentido insiste el artículo 101 de la ley, los padres y la comunidad están obligados

a orientar a los niños adecuadamente para que ejerzan efectivamente sus derechos. Por tanto, dárselos a conocer, orientar las vías para hacerlos efectivos, generar un ambiente y un entorno adecuado para tal fin, son algunas de las formas para que NNA cumplan este deber. 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.

El artículo 50 de la LEPINA garantiza el ejercicio personal y directo de este derecho ante cualquier persona, instancia, entidad u organismo, de tal manera que lejos de prohibirles que promuevan sus derechos y que los defiendan, debemos facilitarles los medios para que lo hagan.

V. Los deberes como responsabilidades individuales y sociales de los niños y adolescentes

Hasta ahora hemos sostenido que los deberes de NNA son responsabilidades individuales, sociales y familiares, que como ha quedado analizado, algunas comportan responsabilidades legales y otras se encuentran más consustanciadas con un proceso de formación integral.

En esa misma idea, los deberes entendidos como tales responsabilidades son muchos más de los que se encuentran taxativamente en el artículo 102 de la LEPINA, aunque en un estricto sentido jurídico, estos no son enunciativos. El niño, por ejemplo, debe asumir progresivamente el deber de cuidado e higiene personal, que en forma expresa no se encuentra contenido en la norma comentada, o el deber de coadyuvar en las tareas propias del hogar que no signifiquen labores perjudiciales a su desarrollo o discriminación por razones de sexo o de otra condición.

Para finalizar, insistiremos en que el incumplimiento de los deberes tiene muy poco o nada que ver con el hecho de que a las NNA se les reconozcan y se les cumplan efectivamente sus derechos. Por el contrario, entendidos como herramienta fundamental para la socialización, la dignidad y el respeto como persona humana, el ejercicio de los derechos son también una excelente oportunidad para formar a NNA en sus deberes. Considerar los deberes como un medio de represión y autoritarismo es parte integrante de la visión que considera a niñas, niños y adolescentes como un objeto social.

Debemos convencernos de que la mayor responsabilidad en el incumplimiento de los deberes por parte de niños y adolescentes tiene que ver con una dinámica social en donde el niño aprende a odiar y agredir, conoce la violencia y la sufre, para después practicarla tal como el mundo que vive se la ha enseñado. Conoce del irrespeto y el poco valor de la vida humana, porque quienes le rodeamos estamos afanados en practicar la intolerancia y la muerte. Conoce del maltrato y el vejamen porque de amor y comprensión recibe muy poco o muchas veces no recibe nada. Se burla de sus semejantes porque es práctica lúdica en los adultos. Conoce de la injusticia porque somos muy injustos con su vida y con la de nuestros semejantes. Actúa el niño muchas veces inconscientemente porque no hemos sembrado razones ni practicado la conciencia como para pedirle que sea diferente a nosotros. Todo eso se aprende y se reproduce, por lo que los deberes no son entonces un freno automático a las conductas de las personas.

En la implementación de la LEPINA, y en particular en las medidas especiales de protección, en el ámbito escolar, en la educación pública y comunicacional sobre los derechos y garantías, además de formar en deberes a los propios NNA, se impone el diseño y ejecución de políticas y programas orientados a la formación de padres, madres, autoridades escolares, y en fin a la sociedad toda en el conocimiento de la responsabilidad que tenemos para que NNA se formen con atención a sus deberes, siempre respetando su dignidad humana, y no condicionando los derechos al cumplimiento de los deberes.

Se precisa, además, de suficiente claridad doctrinaria y jurídica de los aplicadores de la Ley en tal sentido. Jueces, Fiscales, Defensores Públicos del Ministerio Público, responsables de Entidades CAPADAs, Unidades de Atención, ISNA, Asociaciones, miembros de las Juntas Departamentales de Protección y RECOMENDACIONES derechos, precisamos de internalizar la amplitud y profundidad de derechos, garantías y deberes, en la dimensión no sólo legal, sino también social que éstos tienen para el logro de los objetivos indicados por la misma Ley.

Capítulo X

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. El Estado de El Salvador la ratifica como ley interna el 27 de abril del año 1990, con publicación en Diario Oficial número 108, Tomo 07 el 09 de octubre de ese mismo año, cuando entra en vigencia. La CDN constituye el cuerpo normativo internacional más relevante que se haya producido en la historia del derecho internacional de los derechos humanos para niñas, niños y adolescentes, pero también para la humanidad respecto a éstos, puesto que a partir de su proclamación los pueblos, naciones y gobiernos del mundo se obligan de forma imperativa al cumplimiento de determinadas medidas de efectividad, en lo social, institucional, educacional, cultural y legislativo, contenidas en el cuerpo del propio instrumento.
2. La CDN funda una ruptura epistemológica, social, filosófica y jurídica al tener como uno de sus principales objetivos, transformar el concepto del “niño como objeto de atención por sus necesidades especiales” al concepto del “niño como sujeto de sus derechos” con igualdad de oportunidades civiles, políticas, económicas, sociales y culturales, dentro del conjunto de los derechos de todos los ciudadanos, promoviendo su bienestar y su participación, y adicionalmente con derechos particulares, dada su propia condición de desarrollo.
3. El cambio paradigmático no es un mero asunto teórico, pues supone necesariamente resolver las contradicciones del mundo adulto e institucional con los derechos humanos de NNA, lo que obliga a transformaciones sustanciales en el orden de los poderes públicos; planteadas en el texto de la propia CDN como medidas generales (artículo 4) y particulares de efectividad. De allí que, a partir de la ratificación de la CDN en El Salvador se vivió una especie de limbo y anomalía jurídico-legal expresada en la vigencia simultánea de leyes e instituciones tutelares que aplicaban la consideración del niño-objeto, con efectos de institucionalización y victimización de la pobreza, y la CDN ratificada (y por tanto Ley Nacional), que propugna la protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. Aunque duro es afirmarlo, el efecto de esta contradicción en la práctica, al sostenerse en las normas específicas de aplicación judicial y social una doctrina que considera al niño objeto de tutela, que criminaliza la condición de pobreza, castigándola como delito y al niño privándolo de libertad, como delincuente, so pretexto de “protegerle” se violentaron los más elementales principios de derechos humanos que el país ha ratificado en la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, tal contradicción tiene sus afluentes en la praxis jurídica y social, así como en la gestión pública en general, puesto que las leyes de menores estuvieron dirigidas a un sector de la población que no teniendo 18 años cumplidos, podrían ser declarados en situación de abandono, riesgo, peligro social, en fin, en situación “irregular”, por ser pobres, o por carecer de condiciones familiares, económicas, escolares, nutricionales, o de otra índole social; declaratoria que se hacía administrativa y/o judicialmente, condenando a la institucionalización (privación de libertad en términos de las Reglas internacionales en la materia) por causas que, obviamente, no constituyen delitos.
4. Más de 10 años de discusiones sociales y legislativas, de movilizaciones y presiones, de proyectos y anteproyectos legislativos, de organización y expresión de la sociedad, la academia, las ONGs de Derechos Humanos, los Organismos Internacionales, entre ellos del UNICEF en El Salvador, produjeron un marco legal que atiende al mandato internacional de la CDN de adecuar las leyes nacionales a los principios, postulados y normas de derechos humanos contenidos en aquél instrumento internacional. Aunque

muchas veces en riesgo de no aprobarse, y luego de aprobada en riesgo de no entrar en vigencia, en abril de 2009 se aprueba la Ley para la Protección de la Niñez y Adolescencia, que entra en vigor de forma definitiva el 01 de enero de 2011.

5. Al entrar en vigencia el cuerpo legislativo interno que consagra y reconoce los derechos y principios fundamentales para la protección, supervivencia, participación y desarrollo de la niñez y adolescencia, El Salvador da respuesta a uno de los retos paradigmáticos a que le compromete la Convención sobre los Derechos del Niño. Muchos e importantes sectores de la sociedad y del gobierno se han apropiado de la importancia e inaplazable necesidad de atender a NNA desde una concepción de Derechos Humanos, con prevención y protección, y con ello de agilizar los cambios necesarios para tal fin; lo cual significa que el proceso de formulación legislativa de la LEPINA, ha abierto un importante camino al país en la nueva visión de protección integral a niños, niñas y adolescentes. Encontrándose la Ley dentro de las acciones o providencias legislativas emprendidas por el país para avanzar en la vigencia plena y efectiva de los derechos de esta población; su contenido desarrolla las normas generales y particulares de carácter universal que se encuentran consagradas en la CDN. A la par de esta afirmación, no debemos obviar que la importancia de una Ley para NNA, no está sólo en que consagre sus derechos, su eficacia y relevancia tiene el verdadero acento en las providencias y mecanismos que ella contempla y en la vocación y voluntad de los actores, operadores y beneficiarios del cuerpo legislativo para hacerlos realidad. Todos juntos, gobierno, sociedad, organizaciones sociales están ahora en el deber de generar de las transformaciones institucionales, educacionales, culturales y de otra índole necesarias que hagan efectivos los derechos que se consagran y reconocen, garantizar su cumplimiento, o la restitución cuando son violentados o amenazados, y participar claramente en la demanda social, personal y/o colectiva para que la ley se implemente de manera continua y permanente, asumiendo y asignando al comportamiento social, la conducta de derechos humanos que en ella se establecen.
6. El esfuerzo para lograr el objetivo de cambio radical de la situación real de NNA a verdaderas condiciones de Supervivencia, Desarrollo y Participación acordes con los derechos y el desarrollo humanos, estará siempre inconcluso si se cumple la sola condición legislativa, y se dejan a un lado las transformaciones culturales, institucionales y sociales que propugna la CDN, y que se desarrollan en el texto legal nacional de la LEPINA. Por ello, se impone implementar letra a letra todos y cada uno de los postulados legales que conducen al establecimiento de un Estado social de derecho y de Justicia en el marco de las reglas internacionales y nacionales para la protección integral de la niñez y adolescencia. En otras palabras, si bien la LEPINA constituye el marco legal para las transformaciones determinadas en la CDN; la efectividad, esto es el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos para NNA, hace necesaria la implementación de Políticas Públicas que comprometan la gestión de todos los poderes públicos (Ejecutivo, Judicial y Legislativo), y de la sociedad entera en la consumación de las medidas de efectividad sociales, culturales, institucionales y educativas, entre las que cuentan con lugar preponderante los cambios de cognición y cosmovisión de NNA como sujetos plenos de derechos; las medidas administrativas de superación de la institucionalidad adulta/autoritaria; las transformaciones al interior de las instancias de decisión, cambiando la égida del poder discrecional de autoridad por la égida del respeto, cumplimiento y garantía de los derechos humanos en todas y cada una de las actuaciones de los poderes públicos, y también la consideración y concepción ideológica minorista de la sociedad y las instituciones por la ideología y praxis de los derechos humanos. En términos de las

recomendaciones del Comité de Derechos del Niño en ocasión del examen al tercer y cuarto informe periódico de El Salvador ante esa instancia internacional, realizado en fecha 29 de enero de 2010¹²¹, en su observación número 18 para tal fin, este organismo ha sugerido que debe observarse:

- a. "...Abordar la cuestión de las asignaciones presupuestarias para los niños no sólo como una cuestión de gastos en las áreas de protección de la infancia, pero en un enfoque más holístico que abarca la salud, educación, alimentación y seguridad alimentaria, agua, saneamiento básico, recreación, prevención de la violencia, etc;
 - b. Aumentar sustancialmente la asignación de recursos para la salud y la educación;
 - c. Proteger a los niños de cualquier choque externo o interno, como las situaciones de crisis económicas, desastres naturales u otras emergencias, a fin de mantener la inversión sostenible;
 - d. Utilice un enfoque de los derechos del niño en la elaboración del presupuesto del Estado mediante la aplicación de un sistema de seguimiento para la asignación, dar visibilidad a las inversiones en los niños, y evaluar su impacto;
 - e. Definir líneas estratégicas presupuestaria para las situaciones que pueden requerir medidas de discriminación positiva sociales (tales como el registro de nacimientos, la malnutrición crónica, la violencia contra los niños), y abordar las disparidades existentes (étnicas, geográficas y de género);
 - f. Garantizar la correcta rendición de cuentas por las autoridades locales en forma abierta y transparente, fortalecer los mecanismos para la prevención de la corrupción, y crear mecanismos específicos para la participación de las personas en la vigilancia del gasto social para los niños, tales como el presupuesto participativo, a fin de garantizar una mayor transparencia, rendición de cuentas y la asignación concertada de los recursos;
 - g. Difundir información y datos estadísticos sobre los gastos sociales para el público en general y para las instituciones que llevan a cabo análisis e investigaciones sobre los niños;
7. La LEPINA prevé en su Libro Primero, que ha sido objeto de la presente obra, los Derechos, deberes y Garantías de la Niñez y Adolescencia. El cuerpo legal que allí se desarrolla inicia con definiciones básicas y principios directrices que son el asiento del qualitas legal de los derechos que desarrolla seguidamente. Los principios de Igualdad, Interés Superior de las niñas, niños y adolescentes, Prioridad Absoluta, corresponsabilidad, entre otros, figuran como base de toda interpretación administrativo-judicial en cada caso concreto. Por ello, ninguna actividad administrativo-judicial puede prescindir de adminicular a cada caso concreto la base de principios internacionales de los derechos humanos en general, y los particulares de los derechos de la niñez y adolescencia.

¹²¹ Comité de Derechos del Niño, Quincuagésimo tercer período de Sesiones, 21 de enero de 2010, (CRC/C/SR.1479 y 1481).

8. Una vez entrada en vigencia la Ley, debe esperarse el ejercicio de atribuciones conferidas a los órganos judiciales. Para ello es necesario, como asentiremos más adelante, la elaboración de una política institucional del sector justicia, que entre otras componentes debe fijar como meta la remoción de las estructuras judiciales tradicionales y la creación de las nuevas estructuras de protección judicial de los derechos de la niñez y adolescencia. Allí jugará un importante papel la formación y capacitación permanente y exhaustiva, intensiva y sin desmayo del nuevo personal judicial (no sólo jueces, sino también el personal auxiliar), en la nueva visión del paradigma de protección integral y los objetivos que ello supone e implica. No se debe confundir con ello, la formación de una estructura burocrática y elitista, como ha sucedido a otros países, pues se trata de un derecho esencialmente social, con disposición y capacidad de articulación e interacción con los demás órganos en lo judicial (Ministerio Público, Defensa Pública, Procuraduría General de la República) y con los demás órganos e instancias del Sistema Nacional de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia, con acento en la transversalidad, el imperio de la simplicidad de procedimientos, la preeminencia de la realidad sobre las formas procesales.
9. Reviste capital importancia sugerir la integración de equipos de seguimiento y evaluación en la implementación judicial de la LEPINA. Al respecto, República Dominicana, por ejemplo, ha ejecutado un interesante modelo de investigación y análisis de situación de Implementación de su Ley de Niñez que se ha construido con participación de todos los actores del Sistema, al tiempo que se ejecuta con marcada experticia técnica y científica, sobre la base de compilación de información cualitativa y cuantitativa. Es recomendable solicitar el apoyo técnico del UNICEF en ese sentido, ya que el proceso de aquél país se llevó a cabo con el apoyo fundamental de esta organización.
10. Efectivizar los derechos en la vía judicial pasa por una exhaustiva y amplia comprensión del alcance que adquiere cada uno de los que se encuentran consignados o positivados en la LEPINA, su naturaleza, contenido, tipos de condiciones subjetivas que ampara, pues no se trata de proteger niñas, niños o adolescentes en sentido abstracto e impreciso, sino de proveer las condiciones sociales, jurídicas, materiales y de toda índole necesarias a través del imperio de los derechos humanos. Podríamos decir que no se trata de la protección de niñas, niños y adolescentes, sino de una naturaleza mucho más compleja que es la de proteger los derechos a niñas, niños y adolescentes, que aunque se parezca, sin duda, adquiere otra dimensión jurídica y distintos efectos resolutorios o ejecutivos. Ordenar la protección a un niño o niña, individualmente considerados, o a un grupo difuso de éstos, puede ser “tarea fácil” si se entiende por tal protección el institucionalizarlos, separándolos de su familia y secuestrándolos de la sociedad, distinto es ordenar la protección de sus derechos, garantizándoles la permanencia en su familia y el desenvolvimiento social en libertad.
11. En el mismo sentido anterior, el de no sólo positivizar los derechos de la niñez y adolescencia en la ley interna, sino el de su aplicación judicial a tono con la CDN, el Comité de Derechos del Niño de Ginebra en las mismas observaciones que hemos citado, reconoció la importancia que tiene para el país el hecho de que la CDN haya sido invocada en las decisiones judiciales y utilizada por los jueces en el razonamiento judicial, con particular énfasis en la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y recomendó (recomendación número 9) al país **“...que adopte las medidas necesarias, incluidos los cambios estructurales, financieros e institucionales para aplicar efectivamente la Lepina de conformidad con el sistema recién establecido para nacionales y locales**

(departamental y municipal) la protección integral de los niños...” Por tanto, ahora que se cuenta con el marco legal especial para la protección integral de niñas, niños y adolescentes, resulta imperioso para El Salvador ceñir toda cuanta actividad de los poderes públicos al marco de la CDN y de la LEPINA, en particular dando cumplimiento a los principios particulares que se han estudiado en esta Obra.

12. No es poca cosa ni asunto chico el que tiene por delante la sociedad y el Estado Salvadoreño, pues se trata de un cambio serio, unas veces que pertenece al consenso social, pero otras en las que se impone la decisión que consagra el derecho internacional y nacional de los derechos humanos, trascendiendo la mera consideración legal Ulpianista, para trascender en una visión social del derecho de la niñez y adolescencia.
13. En ese marco, corresponde a la institución del Órgano Judicial, y en particular a los Tribunales de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes creados por la LEPINA, conforme al artículo 214 y siguientes, dando cumplimiento a las formas de organización, competencias y funciones allí establecidos, así como en el Decreto No. 306. que Reforma a la Ley Orgánica Judicial y crea los Juzgados y Cámara Especializadas de Niñez y Adolescencia; implementar la nueva visión institucional judicial de protección integral. Ello no se basta por sí sólo, lo sabemos y así lo indica la experiencia latinoamericana, pues se hace necesaria la articulación sistémica de todos y cada uno de los órganos que conforman el Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, para abordar con eficacia la imponente tarea de hacer efectivos los derechos humanos de esta población. Es decir, una política de Estado que integre a todos los poderes públicos, y así fusione también las políticas particulares de protección integral a la niñez y adolescencia, pasa por el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de la Política Institucional de Niñez y Adolescencia –PINA- de cada órgano, entidad e institución que forme parte del Sistema formal de Protección, por lo que el sistema judicial, para la consecución de los objetivos concreto que prevé la LEPINA, debe iniciar ahora los pasos en el proceso de elaboración de tal Política Institucional. Sugerimos evaluar las observaciones que al respecto ha formulado el Comité de Derechos del Niño en ocasión del examen que ha hecho del tercer y cuarto Informe de país, el cual ya hemos citado, cuando expresa que **“...recomienda al Estado Parte evaluar el actual Plan Nacional de Acción por la Infancia y desarrollar un nuevo plan que abarque todos los aspectos de la Convención y sus Protocolos, y teniendo en cuenta el nuevo marco para la protección integral de niños, niñas y adolescentes establecidos en la LEPINA. El Comité recomienda encarecidamente que este Plan Nacional de Acción para la Infancia está a plazo fijo y que está vinculada con las otras temáticas los Planes Nacionales de Acción a fin de tener un enfoque holístico hacia los derechos del niño. Además, recomienda al Estado Parte que proporcione los recursos humanos y financieros necesarios para la ejecución de este Plan, y llevar a cabo el seguimiento necesario y los esfuerzos para evaluar periódicamente los progresos en todos los sectores y determinar las deficiencias y las medidas correctoras...”** De esa manera, el Plan Institucional de Niñez y Adolescencia –PINA- sería parte integral del Plan Nacional de Acción por la Infancia, es decir, circunscrito a los esfuerzos sistémicos y holísticos del país en todas sus instancias, observando las particularidades de política judicial necesarias para la protección efectiva de los derechos de NNA.

14. Algunas generalidades sobre el contenido de la Política Institucional de Niñez y Adolescencia –PINA- del sector justicia que sugerimos, son las siguientes:

La Política Institucional de Niñez y Adolescencia de los órganos que componen los poderes públicos del Estado se hace necesaria en forma general por diversas razones, entre las que cuentan con relevancia:

- Permite delinear la gestión en políticas públicas del estado en un determinado sector.
- Facilita la comprensión de la gestión y del impacto en los beneficiarios de la política pública, en este caso, los niños, niñas y adolescentes.
- Ordena la maquinaria del estado hacia los objetivos declarados en las declaratorias políticas y jurídicas) Constitución de la República, Leyes, Normas, Directrices, resoluciones, decretos).
- Establece una base técnico-científica de operación en políticas públicas.
- Determina el desarrollo de las acciones para dar cumplimiento a las declaratorias y compromisos nacionales e internacionales.
- Planifica el impacto en la consecución de los objetivos (Derechos cumplidos, garantías desarrolladas, mecanismos de ejecución implementados, etc.).
- Permite el monitoreo y evaluación de la gestión gubernamental, facilitando la rendición de cuentas y la proyección de resultados en el ámbito nacional) por ejemplo ante legisladores o contralorías), e internacional (por ejemplo ante los comités internacionales de seguimiento y recomendaciones, informes, etc.).

Adicionalmente, existen particularidades objetivas de carácter interno y externo que en el caso de los órganos de justicia de niñez y adolescencia, y en particular de la nueva dimensión que asumen en la LEPINA, fundamentan la necesidad de una política institucional de niñez y adolescencia. Entre ellos se deben señalar con relevancia, los siguientes:

- No existe una política institucional de Niños, Niñas y Adolescentes en el sector justicia con el enfoque de derechos humanos. Es decir, con antelación nunca el Órgano Judicial ha elaborado una política institucional para el sector de población de la niñez y adolescencia en la perspectiva de esta población como sujeto de derechos.
- Existe un marco normativo constitucional y legal que desarrollan principios, normas, postulados, instituciones, procedimientos y acciones a favor de la garantía de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, con claras responsabilidades del sector justicia que solo son alcanzables mediante serios y coherentes políticas y planes institucionales como parte de la política judicial del Estado. En ese sentido, no es posible la planificación de actividades por si solas, pues toda actividad debe responder a un proyecto, y este a su vez a un programa, mientras este se corresponde con planes de acción que son la expresión de actuación y operación de las políticas institucionales. En esta lógica de la planificación, no existen antecedentes en el sector justicia.
- Se recomienda como parte de este proceso el Análisis Situacional en lo posible con la

cooperación técnica de UNICEF por la experticia mundial de esta organización de UN en la materia, lo que permite garantizar un proceso de aquilatada calidad técnica, además del posible intercambio de experiencias con países que, teniendo legislaciones similares a la LEPINA, ya han adelantado los procesos de Análisis Situacional y evaluación de implementación de sus leyes.

- Las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Ginebra, comprometen la necesidad de planes coherentes y articulados entre todos los órganos del Sistema Nacional de Protección de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, lo cual solo es posible alcanzar teniendo metas internas claras y precisas, que solo serían alcanzadas a través de la definición de la política institucional de niñez y adolescencia de cada sector, entre ellos el sector justicia de Niños, Niñas y Adolescentes.

Marco y alcance de la Política Pública de Niñez y Adolescencia del sector justicia. Hoy día resulta indiscutible que el Estado moderno sólo garantiza resultados satisfactorios y de gobernabilidad que supone como efecto la estabilidad y proyección institucional, a través de la planificación ordenada, estratégica y participativa en la gestión de la política pública, y que esta responde a un proceso metodológico no muy simple, que requiere de la experticia técnica de los actores o de la cooperación en proveer esta experticia, siempre que se deje capacidad instalada para que los órganos medios y superiores de ejecución y planificación de la política de Estado, puedan dar continuidad a la planificación.

El Sector Justicia requeriría del apoyo técnico y la experticia para iniciar su primer proceso de diseño de la POLITICA INSTITUCIONAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA con miras a fundar la cultura de Política Pública coherente, responsable y adecuada al enfoque de derechos humanos declarados como propósito y principios constitucionales, que permitirá un marco de acciones conscientes con resultado eficaz y efectivo en la población usuaria y beneficiaria de los derechos de los que los Tribunales de NNA son garantes; un marco de operatividad consecuente y sistemática que permitirá la optimización de recursos puestos en función de resultados e impacto en los derechos individuales o colectivamente considerados de los niños, niñas y adolescentes; así como un marco de acciones y responsabilidades de seguimiento y evaluación que permita la sistematización de las acciones y la corrección estratégica periódica en caso de ser necesaria. Todos estos objetivos de la política institucional contarían con instrumentos adecuados además de la capacidad técnica para emplearlos y hacerlos parte del orden institucional del Consejo Nacional de la Judicatura en el área correspondiente.



El marco referencial fundamental para el diseño de la Política Institucional es el siguiente:

Análisis situacional del sector justicia que constituye un importante paso de identificación de la realidad existente y diagnóstico elemental para abordar la planificación estratégica, por el contenido de indicadores cuantitativos y cualitativos, y de recomendaciones de acción y de política pública.

Las funciones y atribuciones de cada órgano perteneciente al sector justicia, en el marco de las normas expresas en las leyes nacionales, y en especial en la LEPINA, y que constituyen a su vez el marco de actuación y limitación de esta Institución.

Principios, Normas, Directrices, Resoluciones, Leyes y Decretos que constituyen la base de las líneas fundamentales en que el Estado Salvadoreño define la Política Pública Judicial

Misión y Visión del sector justicia para NNA

Definición de la Misión y Visión de la Dirección a la que se encarguen las funciones de organización y coordinación de los Tribunales de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes del sector justicia para NNA

Alcance: La Política Institucional de Niños, Niñas y Adolescentes se debe convertir y presentar como el principal referente de líneas, directrices, acciones y desarrollo institucional del próximo quinquenio (2012-2016).

Por tanto, de ser así, las líneas de Gestión Política institucional se ceñirán estrictamente al PINA y su dogmática política.

No obstante, la aplicación efectiva del PINA se llevará a cabo sobre la base de los Planes de Acción (PA) y de los Planes Operativos Anuales (POA), que podrían ser responsabilidad de la Unidad o Dirección que designe.

Tanto los PA como los POA deben ser evaluados semestralmente, en la forma y con los métodos que establezca la PINA en adelante.

La PINA con alcance político que define niveles, objetivos, acciones, estrategias, actividades, metas, resultados, monitoreo y evaluación de toda la gestión de los componentes (instancias), de la Institución en el marco de la política general del Estado a favor de los derechos humanos de la niñez y adolescencia. Con este convencimiento, la PINA obliga de forma accionaria a los funcionarios de todos los niveles a una conducta funcional e institucional que rige todas y cada una de las funciones y actuaciones guiadas por la garantía real y efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En ese mismo marco, la PINA constituye un esfuerzo de excelencia y organización institucional para la eficacia y efectividad.

En ese marco, el modelo de diseño y planificación de la política institucional que establece la planificación por resultados, instituiría un modelo de Planificación Estratégica Situacional –PES–

Entendemos así, que la Planificación Estratégica constituye un proceso basado en el análisis permanente tanto del entorno como del ambiente interno de la organización, que permite prever situaciones futuras, conocimientos o inconvenientes y adaptar la institución para dar respuestas, seleccionando una dirección que guíe el cambio situacional y producir acciones que le construyan viabilidad, venciendo la resistencia incierta y activa de circunstancias, hechos y políticas oponentes.

Para ello, se SUGIERE el siguiente esquema básico de Planificación Estratégica:

DEFINICION DE POLITICAS Y PLAN ESTRATEGICO DE ACCION:		
IDENTIFICACION DE SITUACION – ARBOL DE PROBLEMAS- POR SECTOR, teniendo como base el documento de Análisis situacional. Este Análisis incluye: Análisis interno Análisis entorno (En esta primera fase se debe hacer uso de la matriz de identificación situacional previa) DEFINICION DE POLITICA X SECTOR, teniendo como norma basal las funciones y atribuciones predefinidas en la ley sin que constituyan éstas un techo, sino un piso de referencias político-institucionales. DISEÑO DE LINEAMIENTO POR POLITICA Y POR SECTOR REDEFINICION DE VISION, MISION, VALORES, PRINCIPIOS POR SECTOR DEFINICION DE ARBOL DE OBJETIVOS pasando a positivo todas las situaciones negativas planteadas en el árbol de problemas. El problema y las causas deben estar precedido de un verbo en infinitivo, es decir, de terminación ar, er, ir., conteniendo al menos el siguiente orden: Problema: objetivo general Causas: objetivos específicos Metas/indicadores Consecuencias: resultados esperados DEFINICION DE POLÍTICAS INSTITUCIONALES DEL SECTOR, conforme a los objetivos generales definidos en el árbol respectivo DEFINICION DE PROGRAMA O PROGRAMAS POR CADA POLITICA DEFINICION DE PROYECTOS POR CADA PROGRAMA DEFINICION DE SUBPROYECTOS POR CADA PROYECTO		
DISEÑO DE PLAN DE ACCION		
POLITICA DEFINIDA, 2. PROGRAMA O PROGRAMAS QUE LA DESARROLLARAN, 3. PROYECTOS Y SUBPROYECTOS, 4. ACTIVIDADES, 5. LINEA BASAL, 6. RECURSOS, 7. RESULTADOS, y 8. CONTROL DE LA EJECUCION		
DISEÑO DEL PLAN OPERATIVO ANUAL		
PROYECTO, SUBPROYECTO, ACTIVIDADES POR SUBPROYECTO, UNIDAD EJECUTORA, UNIDAD DE MEDIDA, META, DESCRIPCION Y DESARROLLO TRIMESTRAL DE LAS METAS, RECURSOS, RESPONSABLES, UNIDAD DE VERIFICACION		

PROCESO DE SEGUIMIENTO Y EVALUACION DE POLITICAS Y PLANES.		
MEDIOS DE VERIFICACIÓN UTILIZADOS: Por objetivos Por metas Por estrategias Por actividades Por acciones Por factores de riesgo Otros	FIJACIÓN DE RESULTADOS DE SEGUIMIENTO POR TIEMPO: Objetivos esperados y obtenidos Metas esperadas y obtenidas Estrategias planificadas y ejecutadas Actividades esperadas y ejecutadas Acciones planificadas y cumplidas Riesgos esperados y obtenidos.	EVALUACION GESTIÓN: Recursos, Tiempo Tareas Costo/Beneficio RESULTADOS Población Cobertura Condición inicial y condición final IMPACTO: Por plan Por programas Por proyectos Cambios operados por metas

16. Es determinante que la actividad judicial de protección de niñez y adolescencia avance hacia la especialidad en los términos y contenidos en que lo hemos tratado como principio en esta obra. Por tanto, SE RECOMIENDA atender con prioridad el principio de la especialidad en la organización jurisdiccional de las Salas, lo cual implica también a mediano plazo la asignación de jueces especializados por sala en todo el país.

SE RECOMIENDA iniciar la instauración de un Sistema de registro permanente de causas judiciales que incorpore todos los delitos y todas las causas civiles y además desagregue todas las categorías y variables de interés vinculadas a los derechos de los NNA, entre ellas edad, sexo, derecho protegido o restituido, derecho reclamado, declaratorias de lugar de las causas vinculadas a los derechos humanos demandados.

SE RECOMIENDA la desagregación de las causas de protección por derechos protegidos, determinando un sistema claro de identificación de las provenientes de medidas de protección, frente a las causas derivadas de acciones de protección, y al interior de cada una de ellas, la debida desagregación estadística, incluida la de género, situación socioeconómica, edades, derecho restituido y/o protegido, etc. Tanto en este como en el punto anterior debe atenderse la recomendación 22 del Comité de Derechos del Niño en el examen del tercer y cuarto informe de país, que estimula a continuar desarrollando el sistema global de recopilación de datos sobre la aplicación de la CDN, indicando que éstos deberían abarcar "...a todos los niños menores de 18 años - desglosados por sexo, edad, zonas rurales y urbanas, la etnia, discapacidad, víctimas de la violencia, el ciclo de vida (especialmente la primera infancia y la adolescencia) y otros indicadores pertinentes - y ser de fácil accesible y disponible para el público en general..." Por ello, consideramos recomendar que el sistema judicial, y en particular el sector justicia de niñez y adolescencia, diseñe un subsistema de registro acorde con los derechos, garantías, procesos judiciales determinados por tipos de causas, resoluciones restitutorias de derechos, lapso o tiempo de duración de los procesos judiciales; con desagregación de las particularidades indicadas por el Comité, y cuantas otras sean necesarias para la obtención de la más oportuna, cónsona y pertinente información estratégica en el sector.

SE RECOMIENDA que la Capacitación y formación permanente e intensiva del personal judicial incorpore la especialización no sólo por los sujetos, sino adicionalmente por las materias, e igualmente la capacitación en derechos humanos en general, y derechos de la niñez y adolescencia en particular. Un mínimo deseable en tal sentido sería el de incorporar transversalmente los siguientes aspectos: Derechos Humanos. Conceptos básicos. Derechos

y Garantías. La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Principios. Caracteres de los Derechos Humanos. Los Derechos Humanos y el Desarrollo Humano, Derechos Humanos y los grupos vulnerables (Mujeres, Indígenas y Afrodescendientes, Niños), Doctrina de Situación Irregular. Referencia histórica. Características. Consecuencias de la tutela del Estado. Doctrina de Protección Integral. Cambio de paradigma. Principios. Derechos Humanos de los Niños. La Convención Internacional de Derechos del Niño y el Paradigma de Protección Integral. Definición de Protección Integral. Principios: Igualdad, Dignidad, Prioridad Absoluta, Interés Superior del Niño, Corresponsabilidad, El Niño como sujeto de derechos. Importancia de la familia en la protección integral. Estructura de la LEPINA. Casos prácticos sobre situación irregular y protección integral. Los Derechos, Deberes y Garantías en la LEPINA. Sistema de Protección a niños y adolescentes: Órganos Administrativos. Referencia especial a los órganos administrativos y su interrelación con los órganos judiciales. Sistema de Protección a niños y adolescentes: Políticas, Programas y Medidas. Modelos de atención y modelos de Protección. Asociaciones de Promoción y Asistencia. Juntas Departamentales de Protección y Comités Locales de Derechos: su relación con la actividad judicial. Derechos colectivos y difusos. Acción de Protección. Procesos judiciales. Considérese que el Comité de Derechos del Niño, en ese sentido ha celebrado los esfuerzos del país en la difusión de la CDN en los sectores que trabajan en y con los niños y entre el público en general, observando también la importancia que tiene el fortalecimiento de estas campañas de sensibilización, el trabajo con los medios de comunicación y en particular "... fortalecer los programas de formación continua en materia de derechos humanos, incluidos los derechos de los niños de todas las personas que trabajan con o para niños, como el UNICEF dirigió "Formación en Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia" en el contexto del programa gubernamental "Red Solidaria" .

De forma particular se SUGIERE que el sector justicia y UNICEF hagan los esfuerzos para incorporar en sus Planes de Trabajo el intercambio de experiencias con países de la región, tales como Brasil, que permitan apreciar a los operadores judiciales de El Salvador las experiencias y acciones adelantadas para la implementación judicial de los órganos e instancias jurisdiccionales. Este intercambio de experiencias se sugiere abarque la compilación de jurisprudencia en la materia de países de la Región de ALC, en un proceso de sistematización de la misma y puesta a la orden de la Escuela de Capacitación Judicial del CNJ.

Resulta concluyente afirmar la importancia que reviste para El Salvador la creación y funcionamiento de la Carrera Judicial de Protección de Niñez y Adolescencia, por su inmediata vinculación con el principio de especialidad. Para ello, también la Oficina de UNICEF en El Salvador puede ser el puente más idóneo con experiencias practicadas por la Academia y por las Instituciones Judiciales en países como Chile, Venezuela, Costa Rica, Argentina, entre otros.

En conclusión, el país tiene frente a sí un histórico reto, cual es el de generar las condiciones objetivas de índole institucional y de políticas públicas en general, con especial énfasis en las del sector judicial para hacer efectivos los derechos y la protección jurisdiccional y administrativa, social y familiar a los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Es muy posible que no sea la primera vez que esto se arguye en el inicio de las aplicaciones de nuevas leyes, y en tal sentido, parecería un lugar común afirmarlo nuevamente. No obstante, desarrollando el mayor esfuerzo en la asignación de recursos humanos y materiales y en la toma de decisiones trascendentales (en atención al principio de prioridad absoluta), no olvidando la relevancia de la difusión de la LEPINA a las masas para su apropiación y defensa, articulando con el resto del Sistema Nacional de Protección Integral y produciendo los cambios ideológicos e institucionales, es posible en el mediano plazo cambiar drásticamente el tratamiento tradicional a la niñez y adolescencia salvadoreña.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

ARIES, Philippe. "El Niño y la Vida familiar en el Antiguo Régimen", en Derechos del Niño, Políticas para la Infancia Tomo I. UNICEF Venezuela, Caracas. 1996.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Código Penal. Decreto Legislativo N°: 1030. Diario Oficial del 10 de junio de 1997.

ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPUBLICA DE EL SALVADOR. Código de Trabajo. Decreto Legislativo No. 839 de fecha 26 de marzo de 2009, publicado en el Diario Oficial No. 68, Tomo 383 de fecha 14 de Abril de 2009.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución de la República de El Salvador. Decreto Número 38. San Salvador.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Editorial Sentido. Caracas 2000.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Editorial Sentido. Caracas 2000.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial N° 5.859 Extraordinario del 10 de Diciembre de 2007. Caracas, Venezuela.

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. Ley Para La Protección De Niños, Niñas y Adolescentes en Salas de Uso de Internet, Videojuegos y otros Multimedias.

BALDASARRE Antonio. Los derechos sociales. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 1era. Edición, Bogotá, junio de 2001.

BARATTA, Alessandro. LA NIÑEZ COMO ARQUEOLOGIA DEL FUTURO. El Derecho y Los Chicos, Compiladora María del Carmen Bianchi. Espacio Editorial, Argentina, 1995.

- La Situación de la protección del Niño en América Latina en "Derechos del Niño Textos Básicos". UNICEF, Venezuela. Editorial La Primera Prueba, Caracas, 1996.

- BIANCHI, María del Carmen. El Derecho y los Chicos. Espacio Editorial. Argentina, Buenos Aires, 1995.

- BUAIZ Valera, Yuri Emilio. Institucionalidad y Políticas Públicas para la Niñez y Adolescencia. Publicaciones UCAB, Caracas, Venezuela. 2011.

- "Violencia y Mediación en el marco de los Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes". Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela 2006.

- La Aplicación Garantista del Interés Superior del Niño en el libro Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en la Reforma de la LOPNNA. Editorial Horizonte C.A. Barquisimeto, Lara. 2009.

- La naturaleza Jurídica y las atribuciones de los Órganos Administrativos del Sistema Nacional de Protección Integral en la Nueva ley Orgánica para la Protección del Niños, Niñas y Adolescentes en el libro IX Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente. La Reforma. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, 2008.
 - Derrumbado Muros y Mitos sobre los derechos de los Niños y los Adolescente en el libro VIII Jornadas de la Ley Orgánica para la Protección del niño y del adolescente. Reconciliación de los Educadores con la Ley. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 1era Edición, Caracas, año 2007.
 - Vigencia de la Doctrina para la Protección Integral de los Niños, en el libro “La Nueva LOPNA”. Editorial Horizonte C.A., Estado Lara, Venezuela. 2007.
 - Los deberes de los Niños y los adolescentes: Consideraciones para el Debate en el libro VII JORNADAS DE LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Universidad Católica Andrés Bello. 1era. Edición, Caracas, 2006.
 - Análisis de los Lineamientos y Directrices del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente sobre Consejos de protección y Defensorías en el libro QUINTO AÑO DE VIGENCIA DE LA LEY ORGANICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 1era Edición, Caracas, año 2005.
 - Importancia Social de Las Medidas de Protección a Niños y Adolescentes en el libro CUARTO AÑO DE VIGENCIA DE LA LEY ORGANICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 1era Edición, Caracas, año 2004.
 - Derecho Humano a la identidad de los Niños y Adolescentes en el libro TERCER AÑO DE VIGENCIA DE LA LEY ORGANICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 1era Edición, Caracas, año 2003.
 - Los delitos contra la Integridad Sexual en la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente en el libro SEGUNDO AÑO DE VIGENCIA DE LA LEY ORGANICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 1era Edición, Caracas, año 2002.
 - Introducción a la Doctrina para la Protección Integral de los Niños. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 1era Edición, Caracas, año 2000.
 - Política Social, Política Criminal y la Convención sobre los Derechos del Niño. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 1era Edición, Caracas, año 2000.
- CAPELLA, Juan Ramón. Fruta Prohibida. Editorial Trotta. Madrid, España, 1999.
- CASTELLANO Bohórquez, Hercilio. Planificación: Herramienta para enfrentar la complejidad, la incertidumbre y el conflicto. Editorial CENDES. 2da. Edición Ampliada. Caracas, Venezuela. 2008.
- CHOMSKY, Noam. Como nos venden la moto. Editorial Icaria. Barcelona, España, 2000.

CHOMSKY, Noam. La Deseducación. Editorial Crítica. 2002

CARCIOFFI, Ricardo y BECCARIA Luis. América Latina y el gasto social. UNICEF, Libros. Bogotá, Colombia, 1995.

CILLERO, Miguel. El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA. Editorial TEMIS, Ediciones DEPALMA, Santa Fe de Bogotá- Buenos Aires, 1998.

DALTON, Roque. Poemas Clandestinos. UCA Editores, San Salvador, El Salvador. 2000.

DEFENSORÍA de Niños y Adolescentes. Construcción de líneas de Acción para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. El Nula, Apure. Venezuela.

ENCARTA, Enciclopedia. "Mitología." Microsoft® Encarta® 2006 [CD] Microsoft Corporation, 2005.

ESTEBAN ORTEGA JOSE. (Coordinador). Pedagogía Social Especializada. Ariel Educación, España. 1999.

FERRAJOLI, Luigi. DERECHOS Y GARANTÍAS. La Ley del más débil. Editorial Trotta, S.A. Madrid, España, 1997.

GALEANO, Eduardo. Úselo y Tirelo: El Mundo del Fin del Milenio visto desde una Ecología Latinoamericana. Editorial Linotipia Bolívar. Quinta reimpresión. Colombia, Octubre, 2000.

Patas Arriba: La Escuela del Mundo al revés. Tercer Mundo Editores. Cuarta reimpresión, Mayo 2000. Colombia.

GALTUNG, J. Cultura de paz y gestión de conflictos, 1998.

GARCIA Méndez, Emilio. La Dimensión Política de Los Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia: Notas para la Construcción de una Modesta Utopía. Trabajo mimeografiado. 2002.

Política social para la Infancia bajo la Doctrina de Protección Integral. UNICEF. 2001.

Foro en el "1er. Encuentro de Jueces y Procuradores de Menores de Venezuela". Transcripción de la Escuela de la Judicatura. Diciembre 1996.

Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral. Editorial Gente Nueva, Santa Fé de Bogotá, Colombia. 1994.

GODARD, Philippe. Contra El Trabajo Infantil. Virus Editorial. Barcelona, España, Septiembre. 2003.

GOMES DA COSTA, Antonio Carlos. "Futuro de las Políticas Públicas para la Infancia en América Latina". IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia. Ediciones Gráficas, La Paz, Bolivia. 1996.

Pedagogía y Justicia, UNICEF, 2002.

Niños y Niñas de la Calle: Vida, Pasión y Muerte. Trabajo Mimeografiado. 2003.

GONZÁLEZ; Enrique. Manual de la Defensoría del Pueblo. 1ra. Edición. Caracas, Venezuela, 2000.

GRUPO ONG para la Convención sobre los Derechos del Niño, Subgrupo de Explotación Sexual Infantil. LA LUCHA CONTRA LA EXPLOTACION SEXUAL DE LOS NIÑOS. Unicef, Ginebra. 1998.

GUENDEL, Ludwig. Políticas Públicas y Derechos Humanos. Documento mimeografiado, 2003.

La Política de la Política Pública y los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, en el libro "La Nueva LOPNA". Editorial Horizonte C.A., Estado Lara, Venezuela. 2007.

GÜNTHER JAKOBS. Sobre la génesis de la obligación Jurídica. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 1era. Edición, Bogotá, noviembre de 1999.

HART, Roger. La Participación de los Niños, de la Participación Simbólica a la Participación Auténtica. UNICEF. TACRO, 1993.

HERNANDEZ PRECIADO RAFAEL. Lecciones de Filosofía del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1982.

INSTITUTO de Estudios Jurídicos del Estado Lara. La Nueva Lopna. XXXIII Jornadas J.M. Domínguez Escobar. Editorial Horizonte C.A. Barquisimeto, estado Lara. Diciembre 2007.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Derechos Humanos de las Mujeres: Paso a paso. San José, Costa Rica. 1997.

IRAZU, José Luis. Las sanciones penales en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en Introducción a la LOPNA. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 1era. Edición, Caracas, año 2000.

KALUF, Cecilia y MAURAS Marta. Regreso a casa. La Familia y las Políticas Públicas. UNICEF, Editorial Santillana, 1998.

KELSEN HANS. Teoría Pura del Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1979.

MARTINEZ, DELIA. Programas socioeducativos. Oportunidades para adolescentes en conflicto con la ley penal. Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB, Caracas 2006.

MARTINEZ, DELIA y BUAIZ Yuri. Programa para la Prestación de Servicios a la Comunidad. Centro de Investigaciones Jurídicas, UCAB, Caracas 2006.

MORAIS, María Gracia. Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello, 1era. Edición, Caracas, año 2000.

ONU REGLAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD. Reglas de Riad aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/113, del 14-12-1990.

ONU REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LAS MEDIDAS NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD. (Reglas de Tokio). A. G. Res. 45/110, anexo, 45 U.N. GAOR supp (No. 49 A) p. 197, ONU Doc. A/45/49.

ONU. ASAMBLEA GENERAL. Séptimo período de sesiones. Tema 3 de la agenda provisional. PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS, CIVILES, POLÍTICOS, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, INCLUIDO EL DERECHO AL DESARROLLO. Informe del Relator Especial Manfred Nowak sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

ONU. INFORME MUNDIAL SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LOS NIÑOS Y NIÑAS. Paulo Sergio Pinheiro, Experto Independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia.

ONU. CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, promulgada el 20 de noviembre de 1989. Publicación Unicef-Venezuela. Caracas, 1999.

ONU. LAS NACIONES UNIDAS Y LOS DERECHOS HUMANOS, 1945-1995. Sección de Reproducción de la ONU, Nueva York, 1995.

PENNER J.E. El análisis de los derechos. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. 1era. Edición, Bogotá, enero de 2002.

PESTAÑA de Martínez, Pilar. Estadística Conceptos Básicos, Terminología y Metodología de la Estadística Descriptiva. Editorial CEC. SA. Caracas, Venezuela. 2001.

PISARELLO, Gerardo. Los Derechos Sociales y su Garantías, Elementos para una Reconstrucción. Editorial Trotta. Madrid, España. 2007.

PIEEK, Enrique. Los Jóvenes y el Trabajo: la Educación frente a la Exclusión. Universidad Iberoamericana. México, 2001.

ROJAS FLORES Jorge, "Los Derechos del Niño en Chile: Una aproximación Histórica: 1910-1930, "Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, Junio 2007.

SEDA M., Edson. Cartilla de derechos y deberes. Ediciones Unicef, Venezuela. Año 2000.

La Protección Integral. Campañas, Brasil. Ediciones Ades. 1995.

SHERIDAN Bartlett, Roger Hart, David Satterthwait, Ximena de la Barra y Alfredo Missair. Ciudades para los niños. Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales de España y Comité Español de UNICEF. 2001

TEJEIRO LOPEZ, Carlos Enrique. Teoría general de niñez y adolescencia, editado por UNICEF-Colombia 1998.

TONUCCI, Francesco. La Ciudad de los Niños: Un modo nuevo de pensar la ciudad. Editorial losada, S.A. Buenos Aires, Argentina. 1996.

UNICEF- DNI –Venezuela. "Preguntas y Respuestas: La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". Editorial la Primera Prueba C.A. 1998.

UNICEF y CEPAL. La pobreza en América Latina y El Caribe aun tiene nombre de infancia. Redacción a cargo de Ximena de la Barra. Septiembre 2002.

UNICEF, - Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.-Venezuela. "Instrumentos Jurídicos para la Infancia: Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas de Beijing, Reglas de Riyadh". 1996-

UNICEF, Costa Rica. Derechos de la niñez y la adolescencia, Antología. Compiladores Mauricio González Oviedo y Elieth Vargas Ulate. San José de Costa Rica, 2001.

UNICEF, MANUAL DE APLICACIÓN DE LA CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO. Unicef. ,2001.

UNICEF, Venezuela. Instrumentos jurídicos para la infancia. Edición Unicef Venezuela, 1.996.

UNICEF. IV seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia. Bolivia, 1996.

UNICEF. La reducción de la pobreza comienza con los niños. Unicef, Nueva York, Marzo de 2000.

VALLÉS, Julies, "El Niño", Colección ACVF Narrativa.

Páginas Web Consultadas

<http://www.who.int/es/>

<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

<http://www.un.org/es/documents/udhr>

<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>

<http://200.91.68.20/scij>

<http://www.un.org/es/documents/udhr>

<http://www.unicef.org/spanish/ffl/pdf/factsforlife-sp-full.pdf>

<http://www.ipcc.ch/>

