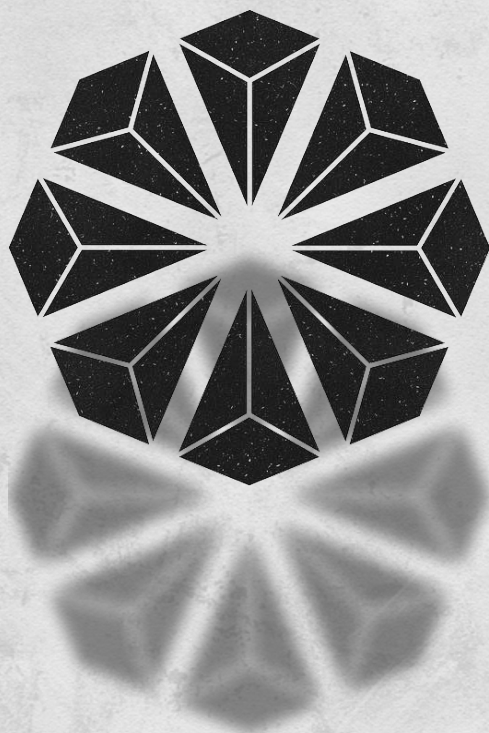


LA CONVENCION SOBRE LOS

DERECHOS DEL NIÑO

EN LA EXPERIENCIA
LATINOAMERICANA



REFLEXIONES

A 30 AÑOS DE SU VIGENCIA

COMPILADORA: FLORENCIA VAZZANO



FACULTAD DE
DERECHO
UNICEN

EDICIÓN: EditorialAzul S.A.

DIRECCIÓN EDITORIAL: Gonzalo Berrios

DISEÑO EDITORIAL: Antonella Scavuzzo

www.editorialazul.com.ar

info.editorialazul@gmail.com

La Convención sobre los Derechos del Niño en la experiencia latinoamericana :
reflexiones a 30 años de su vigencia / Carmen Cecilia Diz Muñoz ... [et al.] . -
1a ed. - Azul : Del Azul, 2021.
Libro digital, PDF

Archivo Digital

ISBN 978-950-9516-56-4

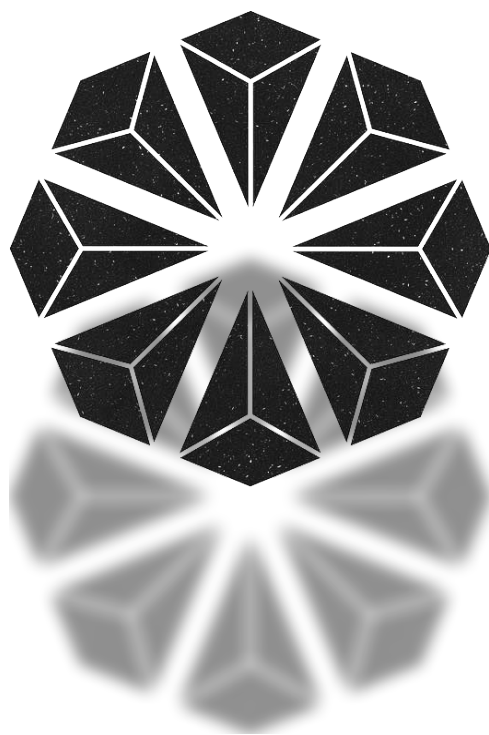
1. Derecho a la Alimentación. 2. Derecho de las Obligaciones. I. Diz Muñoz, Carmen Cecilia.
CDD 346.0135

Reservados todos los derechos sobre este libro. No se debe ni se puede, total o parcialmente:
traducir, reproducir, almacenar, transmitir, adaptar y/o utilizar de manera alguna, ni por ningún
medio, electrónico, químico, mecánico, óptico, de grabación o electrográfico sin el consentimiento
escrito de los autores.



LA CONVENCION SOBRE LOS

DERECHOS DEL NIÑO EN LA EXPERIENCIA LATINOAMERICANA



REFLEXIONES
A 30 AÑOS DE SU VIGENCIA

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| <i>Palabras preliminares</i> , por Florencia Vazzano | 5 |
| <i>El derecho a una alimentación adecuada y la Convención sobre los Derechos del Niño. El caso de la protección iusfundamental de los niños wayúu a la luz de una concepción política de los derechos humanos</i> , por Carmen Cecilia, Diz Muñoz y Mauricio Andrés, Gallo Callejas | 8 |
| <i>El Salvador, a treinta años de la Convención Sobre los Derechos del Niño</i> , por Karla Marina, Criollo Mendoza; Iris Fidelina, Flores de Arévalo y Mario Ernesto, Juárez Escobar | 32 |
| <i>El impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Derecho ecuatoriano: breve resumen de 30 años de su historia</i> , por Simón Farith | 68 |
| <i>Horizontes y fronteras de la Autonomía progresiva de niñas y adolescentes</i> , por Guillermina Zabalza y María Victoria Schiro | 91 |



PALABRAS PRELIMINARES

La creación de esta obra colectiva se realiza con motivo de los 30 años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño. Pretende dar cuenta de la experiencia latinoamericana en relación a la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en particular, en Colombia, El Salvador, Ecuador y Argentina. Esta publicación se enmarca dentro las actividades de difusión de la ciencia jurídica que realiza nuestra casa de estudios en la temática referida. La protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes constituye una de las áreas prioritarias de investigación de la Facultad de Derecho de Unicen. Creemos que una obra colectiva como la que se presenta permite dar a conocer el estado de la temática a nivel regional, propiciando la identificación de problemas y desafíos que pueden ser compartidos por los países de América Latina.

La elaboración de la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido uno de los acontecimientos más trascendentes del proceso de especificación de derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes. Su ratificación por veinte países-el número requerido para su entrada en vigencia-, ocurrió menos de un año después de su aprobación en 1989, ello la convirtió en el tratado que más rápidamente entró en vigencia en la historia de los tratados de derechos humanos. Además, es el instrumento de protección de derechos humanos que más ha alcanzado consenso dentro de la comunidad internacional (Beloff, 2004).

Los postulados de esta fuente convencional generaron quiebres en las bases tradicionales sobre las cuales se pensó la condición jurídica, histórica, cultural y política de quienes se encuentran en la infancia y la adolescencia, generando fuertes tensiones con el modelo anterior (Beloff, 2004). Pues, este tratado se inspira en un modelo de especial protección de derechos de niños, niñas y adolescentes cuyos postulados son diferentes de aquellos que se emplearon para justificar la concepción anterior a la convención. Su reconocimiento como instrumento específico en favor de este sector de la población es el resultado de la evolución de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, que tiene como eje su consideración como sujetos plenos de derechos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008). En especial, el punto de inflexión que marcó la llegada de esta fuente convencional fue la

consagración de tres principios transversales fundamentales: el principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, el principio de autonomía progresiva, y el derecho a ser oído. Los tres principios se piensan desde el respeto por la dignidad humana y la consideración de las especificidades que presenta esta etapa de la vida.

Desde las miradas particulares que aportan los trabajos que integran esta obra, desde sus aportes legislativos, jurisprudenciales y doctrinarios en el área, se pueden identificar denominadores comunes que reflejan la preocupación latinoamericana por la protección de los derechos de quienes transitan la niñez y la adolescencia.

Esta obra reúne cuatro trabajos de autores de los países antes mencionados: el primero, es de autoría de Carmen Cecilia Diz Muñoz y Mauricio Andrés Gallo Callejas, de Colombia, quienes analizan el derecho a la alimentación de niños, niñas y adolescentes a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular, tomando los criterios de la Corte Constitucional de Colombia en dos sentencias referidas a la situación de los niños de la comunidad wayúu. El segundo, es de autoría de Karla Marina Criollo Mendoza, Iris Fidelina Flores de Arévalo y Mario Ernesto Juárez Escobar, de El Salvador, quienes realizan un recorrido histórico-normativo que muestra el tratamiento de la niñez y la adolescencia antes y después de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño en su país. El tercero, es de autoría de Simón Farith, de Ecuador, quien describe la legislación de su país, destacando diferentes momentos históricos suscitados a partir del impacto de la referida fuente convencional en su derecho interno. El cuarto, es de autoría de Guillermina Zabalza y María Victoria Schiro, de Argentina, quienes abordan la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes al momento de la toma de decisiones en cuestiones atinentes al cuidado de su cuerpo y salud, considerándose de manera especial diferentes contextos de vulnerabilidad.

Florencia Vazzano
Facultad de Derecho
UNICEN

Referencias bibliográficas

Beloff, Mary (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires: Del Puerto

Comisión Interamericana de Derechos humanos, 29/10/2008, “Infancia y sus derechos en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En <http://cidh.oas.org/countryrep/Infancia2sp/Infancia2indice.sp.htm>.

Kemelmajer de Carlucci, Aída (2015). “Estándares internacionales latinoamericanos”, en Fernández, Silvia (direct.), *Tratado de Derechos de Niños, Niñas. Adolescentes*, Buenos Aires: La Ley.

1



EL DERECHO A UNA ALIMENTACIÓN ADECUADA Y LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El caso de la protección iusfundamental de los niños wayúu a la luz de una
concepción política de los derechos humanos

Carmen Cecilia, Diz Muñoz¹
Mauricio Andrés, Gallo Callejas²

1. Introducción: definición del enfoque teórico

La mujer es sagrada en todos los aspectos. La mujer es sagrada pues en tiempos de guerras o enfrentamientos entre clanes a la mujer no la pueden matar, porque la mujer es sagrada. Los niños no pueden ser muertos a bala, no pueden ser muertos a bala porque son sagrados [...] en realidad esto no tiene nombre, ante cualquier sociedad: niños y mujeres ser masacrados [...] de una manera vil [...] (Ochoa Sierra, 2011, p. 64).

¹ Abogada. Especialista en Derecho del Medio Ambiente y Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia, Mg. en derecho público, profesora asociada de la Escuela de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana seccional Montería y miembro del grupo de investigación COEDU en la línea derecho y sociedad. Contacto carmen.dizm@upb.edu.co

² Abogado. Especialista en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Magister y doctor en filosofía del Instituto de Filosofía U de A. Profesor titular de la Escuela de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana seccional Montería y miembro del grupo de investigación COEDU, en la línea derecho y sociedad. Contacto: mauricio.gallo@upb.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3859-134X>.

Estas palabras hacen parte de la compilación de testimonios provenientes del pueblo wayúu, disponibles en el estremecedor libro donde Ochoa Sierra (2011) denuncia la barbarie y la crueldad sufrida por dicha comunidad a manos de los grupos paramilitares. Y aunque las subrayas dan clara cuenta del foco poblacional al que está dedicado el presente artículo, se hace necesario ofrecer una cuantas líneas iniciales para explicar su pertinencia frente a lo que es su objeto de reflexión, a saber: *el impacto normativo* de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) respecto a las diversas posiciones normativas de rango iusfundamental que, como parte del ordenamiento jurídico vigente en Colombia, han sido interpretativamente adscritas al derecho a una alimentación adecuada.

El principal argumento que explica esta pertinencia está en el enfoque desde donde nos disponemos a asumir las presentes reflexiones, esto es, las concepciones políticas de los derechos humanos³. Elección que, a su vez, viene acompañada de una serie de razones adicionales y que proponemos ubicar en el siguiente esquema:

- En un extremo están los diversos argumentos *teóricos* que dicen que, para un caso tan peculiar como el colombiano⁴, una de las características constitutivas de dichas concepciones de los derechos humanos está en la exigencia de incluir el problema de la violencia política, a la hora de discutir el asunto de la protección iusfundamental frente al riesgo de verse sometido a condiciones de privación severa; en otras palabras, esos argumentos acorde con los cuales se exige que ninguna discusión sobre los derechos sociales fundamentales, excluya las dinámicas políticas de crueldad y barbarie que siguen teniendo lugar en nuestro territorio.
- En el lado opuesto aparecen los argumentos *causales* o *fácticos* que conectan al hambre que padecen los niños de la comunidad wayúu hoy, con el ataque letal y sistemático que sufrieron sus padres no hace más de 15 años⁵.
- Y, en el medio de ambos puntos, aparece el grupo de consideraciones referidas a la manera en que ha tenido lugar en Colombia la protección judicial del derecho a la alimentación de dichos niños, o lo que es igual, a la forma en que se ha construido el referido proceso

³ Hacen parte de las concepciones políticas un amplio grupo de autores que tras las huellas de Rawls (1999) libran la actual disputa por el concepto de los derechos humanos, a saber: Micheal Ignatieff, Charles Beitz, Bernard Williams, Joshua Cohen, Jean Cohen, Thomas Pogge y Samuel Moyn.

⁴ A esta connotación propia de nuestro país, Francisco Gutiérrez (2014) la llama *la anomalía colombiana* y tiene que ver con la fatídica coexistencia entre violencia política y formas democráticas, concretamente, con la manera en que los períodos históricos, con mayor apertura en las segundas viene acompañados con el incremento en las prácticas de barbarie que configuran la primera.

⁵ Dice al respecto Ochoa Sierra: “El desplazamiento fue la opción para varios, sobre todo para aquellos que resistieron a los paramilitares [...] Pese a que la idea de retorno sigue en sus mentes, a las dificultades de seguridad por la presencia de paramilitares en la zona se suma que sus anteriores fuentes de ingreso están ahora acaparadas por quienes los desplazaron” (Ochoa Sierra, 2011, p. 73).

interpretativo de adscripción normativa. Proceso en el que sobresalen las sentencias T-466/16 y T-302/17, ambos casos, en tanto que respuesta de la Corte Constitucional ante la grave crisis humanitaria que viene teniendo lugar en el departamento de La Guajira y que deja dentro de dicho foco poblacional al mayor número de víctimas⁶.

Por cuestiones de espacio y a pesar de la ineludible obligación de decir muchas cosas más acerca de estos tres grupos de razones, el presente artículo se concentra en las del último tipo. Ello, de la mano de una estrategia argumentativa en la que se establece como punto de partida la siguiente contraposición entre dos maneras de entender el mencionado objeto de reflexión, de nuevo, el *impacto normativo* de la CDN. Son ellas: la que pretendemos defender en el presente escrito, propia de las concepciones políticas de los derechos humanos y acorde con la cual su fuerza normativa (su talante emancipatorio) está en la posibilidad de leerla como parte de una doctrina dirigida al establecimiento de criterios de deslegitimación del derecho estatal (Beitz, 2012; Cohen, 2012); con mayor precisión, como parte de una doctrina que *protege, incentiva y fomenta* el sentido de la injusticia que en este caso concreto está (debería estar presente) en los miembros de dicha comunidad wayúu (así como en cualquier persona que se ponga en su lugar) y respecto al incumplimiento en el deber de protección estatal, lo más importante, incluidas las mencionadas sentencias de la Corte Constitucional⁷. Todo esto, por oposición a otra forma de entender tal impacto y acorde con la cual la CDN opera en los términos del fundamento (o grupos de razones) que *sustenta(n), legitima(n), reviste(n)* con el manto de la *corrección moral* a las decisiones estatales en general y, de nuevo, a este par de decisiones judiciales en particular⁸. Se pidió aclaración y desarrollo.

⁶ De acuerdo con las razones que irán quedando claras a lo largo del texto, es necesario advertir desde ya la enorme importancia de las preferencias políticas, lo que puntualmente significa que, a pesar de que ambas sentencias serán objeto de nuestra crítica, existe una clara empatía ideológica, o lo que es igual, ambas son objeto del mismo juicio de valor que aparece, por ejemplo, formulado por un miembro de *Dejusticia*, aunque de hecho extendiendo a ambas el calificativo de “esperanzadora”. Calificativo que aparece disponible en <https://www.dejusticia.org/litigation/la-sentencia-que-asegura-derechos-fundamentales-para-los-ninos-wayuu-2/>

⁷ Somos plenamente conscientes que esta primera forma de entendimiento resultará oscura para aquellos lectores que no estén familiarizados con las concepciones políticas de los derechos humanos. No obstante, en este punto se ofrece una simple enunciación que será explicada con algún detalle en el acápite final del presente ensayo.

⁸ La expresión *corrección moral* debe ser entendida desde el siguiente sentido: en tanto que propia del ámbito de reflexión de la filosofía política, es decir, de ese tipo de discusiones relativas al porqué obedecer y que pueden ser formuladas desde una serie de asuntos diferenciados, a saber: (1) los juicios que giran en torno a las discusiones por el tipo de impacto que generan, o deben generar, los diferentes sistemas institucionales, su estructura básica (Rawls, 1999), en la vida de las personas; (2) los juicios que giran en torno a la pregunta por las características que deben tener tales sistemas institucionales, tal estructura básica, para que puedan ser calificados como justos, legítimos. o (he acá justamente la expresión) *moralmente correctos*; (3) los juicios que giran en torno al deber moral de obediencia de los individuos a tales sistemas, o de una manera un poco más precisa, al difícil problema de las consecuencias que se derivan de la injusticia, ilegitimidad o incorrección moral

Así las cosas, el artículo continúa con una primera inmersión en estos dos casos de protección constitucional iusfundamental. Decimos primera, puesto que nos enfrentamos a un par de juicios concretos de deber ser que además de considerablemente extensos, resultan sumamente complejos, esos que hacen parte de lo que hoy conocemos como sentencias estructurales (§2). El resultado de esta inmersión inicial será la fijación de un doble punto de partida; punto que nos permitirá ofrecer una reconstrucción adecuada a nuestros intereses y, esperamos, mínimamente plausible, de ambos fallos, comenzando con la sentencia T-466/16 (§3) y, luego, con la T-302/17 (§4). Todo esto, para finalizar con una serie de conclusiones que le den el ímpetu final a lo que hemos establecido como punto de partida, de nuevo, la fuerza emancipatoria de una concepción política de los derechos humanos (§5).

2. Fijación de un doble punto de partida: filiación ideológica y determinación de un deber

No se nos ha preguntado por qué los wayúu de antes no se morían [...] o cómo potabilizábamos el agua en el pasado (testimonio citado por Corte Constitucional, T-302/17, §9.4.8)

Que el Presidente de la República haciendo uso de las facultades constitucionales y como PREMIO NOBEL DE PAZ ordene la integración de una comisión de notables científicos como COMISIÓN DE LA VERDAD para que se le diga a los colombianos y a la sociedad internacional [las] verdaderas causas de las fatalidades ocurridas entre el mes de enero de 2009 y 6 de diciembre de 2016. (Testimonio citado por Corte Constitucional, T-302/17, anexo III).

El objetivo de esta primera inmersión es, pues, fijar un punto de partida necesario para lograr una reconstrucción (mínimamente plausible) de dos fallos constitucionales en extremo complejos. Punto de partida que consistirá, al mismo tiempo, en un tipo de filiación de ambas sentencias a un horizonte ideológico específico y en la determinación de un deber también concreto, nacido de dicha filiación, en cabeza del Estado colombiano y frente a las víctimas de la situación de miseria vivida en la Guajira.

de dicha estructura, en términos de la posibilidad (necesidad) de desobediencia, sea esta parcial o definitiva. Gama de posibilidades de la que, además, se derivan las siguientes posibilidades de relación entre la filosofía política y las instituciones: (1) defender o justificar instituciones o prácticas políticas existentes; (2) criticar tales prácticas proponiendo sus necesarias reformas; (3) proponer su eliminación definitiva así como su remplazo por nuevas prácticas e instituciones.

Tal y como se hizo en otro lugar (en Gallo, 2014), a continuación, se acude a una combinación de herramientas analíticas y normativas, en aras de alcanzar este primer par de retos. Eso sí, en la medida en que se trata ahora de ofrecer una reflexión propia del ámbito de las concepciones políticas de los derechos humanos (en tanto parte de la conexión hambre-violencia política), se le suma lo que también previamente se propuso llamar *un concepto general de los derechos subjetivos* (Gallo, 2018)⁹. Comenzamos, entonces, recapitulando esta última propuesta.

Se trata de un concepto de los derechos subjetivos que identifica la doble dimensión de esta herramienta lingüística, a saber: la posicional y la descriptiva. Mientras que la dimensión posicional da cuenta de un lenguaje que nos permite crear un tipo de realidad social basada en relaciones triádicas y correlativas en las que el individuo *A* es titular de una *expectativa X* (bien sea positiva de acceder a *X*, bien sea negativa de no ser afectado en *X*) y que para el sujeto *B* implica al mismo tiempo un *deber* (positivo de intervención, negativo de omisión)¹⁰. Por su parte, la dimensión descriptiva es aquella que permite incluir esa enorme gama de razones tanto empíricas (históricas, políticas o dogmático-jurídicas) como normativas (filosóficas) con base en las cuales se explican las siguientes cuestiones: “¿por qué [*X*] es (ha sido) el objeto de protección de un derecho [*razones empíricas*]? Y ¿por qué [*X*] debería (merece) serlo [*razones normativas*]?” (Gallo, 2018, p. 225). La propuesta en las siguientes páginas inicia, pues, con la posibilidad de expresar este concepto general, esta doble dimensión de los derechos subjetivos, desde el siguiente enunciado analítico formulado por Gewirth:

A has a right to X against B [dimension posicional] by virtue of Z
[dimensión descriptiva] (Gewirth, 1998, p. 8).

El siguiente paso, ahora sí de regreso a Gallo (2014), consiste en un intento de clasificación sistemática de los diversos asuntos que quedan *incluidos* dentro de estas dos dimensiones de los derechos subjetivos propios de la alimentación; entre ellos, desde luego, la violencia política. Es este el objetivo del cuadro N° 1 que primero se adjunta para pasar luego a su desarrollo.

⁹ Se trata de una propuesta que permite defender una conexión entre las diferentes clases de exigencias normativas que hemos construido desde esta herramienta lingüística; desde la siguiente secuencia histórica: (1) las que dieron forma a lo que alguna vez denominamos (y algunos, por ejemplo Nussbaum, 2007) se obstinan en seguir llamando) *derechos naturales*; (2) las propias de esos *derechos legales* que durante el siglo XIX dieron forma jurídica al pleno dominio de *los privados* (especialmente de tipo económico) dentro de lo que Hegel (2017) llamó la sociedad civil; (3) las que hoy quedan incluidas dentro de los *derechos constitucionales fundamentales*; por último, (4) esas que también hoy denominamos *derechos humanos*.

¹⁰ Tal y como lo ha mostrado Schneewind (2009) ha sido Kant quien mejor explica la carga política inherente a esta relación correlativa entre derecho y deber: relación entre sujetos con la misma dignidad; lo opuesto, la relación amo-siervo.

Cuadro No.1

El lenguaje de los derechos y los problemas de la alimentación

| Dimensión posicional del tipo más general | Dimensión descriptiva (...by virtue of Z) | | Dimensión posicional, tipos específicos | | |
|---|---|---|---|---|--|
| | Razones normativas | Tipos de problemas/ejemplos | | | |
| A tiene frente a B el derecho a una alimentación adecuada (G) | (1) Circunstancias de plena autonomía | (4) Cantidad y calidad en el consumo de los alimentos | Elección de prácticas de consumo que generan enfermedades en el corto y el largo plazo | A tiene frente a B el derecho a recibir tratamiento médico | |
| | | | Consumo de alimentos cuyos procesos (cultivo, producción o comercialización) generan enfermedades | A tiene frente a B el derecho a una regulación de los procesos alimenticios | |
| | (2) Circunstancias de autonomía limitada | (4) Cantidad y calidad en el consumo de los alimentos | (5) Imposibilidad de acceso a la oferta alimentaria | Escasez de ciertos alimentos considerados básicos | A tiene frente a B el derecho a no tener hambre |
| | | | | Carencia de información acerca del tipo de alimentos que consume o de sus consecuencias para la salud | A tiene frente a B el derecho a la regulación de los procesos alimenticios |
| | | | | Capacidad de acceso limitada a la oferta alimentaria | A tiene frente a B el derecho a recibir tratamiento médico |
| | | | | | A tiene frente a B el derecho a no tener hambre |
| | (3) Circunstancias de ausencia de autonomía | (5) Imposibilidad de acceso a la oferta alimentaria | (5) Imposibilidad de acceso a la oferta alimentaria | (6) Escasez total de alimentos (hambruna). | A tiene frente a B el derecho a no morir de hambre |
| | | | | Pérdida de libertad | A tiene frente a B el derecho a no tener o no morir de hambre |
| | | | | (7) Sometimiento a condiciones de violencia política | A tiene frente a B el derecho a no tener o no morir de hambre |
| | | | | (8) Pobreza extrema | A tiene frente a B el derecho a no tener o no morir de hambre |

Mientras que para lograr la filiación ideológica basta con hacer referencia a las dos primeras columnas, la formulación del deber del Estado colombiano exige una mención (aunque breve) de los diferentes elementos que aparecen enumerados dentro del resto del cuadro.

De esta manera, en la primera columna aparece el enunciado *derecho a una alimentación adecuada* (en adelante DAA) como expresión de la posición normativa del tipo más general (*A has a right to X against B*). Lo que significa que tal posición recoge todas las demás posiciones del tipo más específico (última columna), de las que el cuadro simplemente ilustra algunos ejemplos y que, esto es clave, resultan vinculadas entre sí en la medida en que aparecen mediadas por la dimensión descriptiva de la primera, la del DAA. Se trata en suma de un vínculo conceptual de tipo normativo, o lo que es igual, resultado de un ejercicio de fundamentación.

Ahora bien, antes de darle paso a tal ejercicio de fundamentación, es necesario ofrecer una advertencia acerca de la manera en que se debe leer esta propuesta de enunciación de la posición normativa del tipo más general. Y es que, de manera contraria a lo que lamentablemente caracteriza a la mayoría de las construcciones analíticas, la nuestra no puede ser leída desde eso que Shklar denomina un *political vacuum* (1998). Todo lo contrario. Tanto el trabajo original en el que se formuló esta propuesta (Gallo 2014), como las dos sentencias de las que nos ocupamos en estas páginas parten de un horizonte político definido, a saber: el liberalismo social o igualitario; o tomando prestada la taxonomía de Pettit (1999), un bando ideológico que aparece ubicado en el medio de la siguiente contienda: populismo Vs. libertarianismo Vs. republicanism/liberalismo (acá ambas sentencias y cuadro)¹¹.

Para ofrecer el necesario fundamento empírico de este paso inicial basta con la siguiente aseveración: nuestra Corte Constitucional, primero, le otorga a dicha posición el estatus normativo de derecho constitucional fundamental, segundo, establece que en Colombia todas las personas, léase bien, todas las personas, ocupamos el lugar de *A* dentro de dicha posición normativa del tipo más general. Va, ahora y como era de esperarse, la cita respectiva, propia de la sentencia T-466/16:

(...) la Corte Constitucional ha reconocido que la alimentación tiene el carácter de derecho fundamental. Este derecho tiene como fundamento

¹¹ La taxonomía original formulada por Pettit (1999) muestra los siguientes contendores: populismo Vs. liberalismo Vs. republicanism. No obstante, en tanto este mismo autor acepta que el liberalismo “es una iglesia muy grande” (p.27), así como reconoce la incomodidad que esta taxonomía original nos genera a los “liberales de izquierda” (p.27), presenta como alternativa la que utilizamos en estas páginas, de nuevo, populismo Vs. libertarianismo Vs. liberalismo/republicanism. Todo esto, en el marco de la siguiente consideración: “Yo distingo entre liberales a-la-izquierda-del-centro, que subrayan la necesidad de hacer efectivo el valor de la libertad como no-interferencia -algo más que un valor formal-, o que hacen suyos valores como el de la igualdad o el de la eliminación de la pobreza, añadiéndolos al valor de la no-interferencia; y liberales a-la-derecha-del-centro -liberales clásicos o libertarios-, quienes piensan que basta con garantizar la no-interferencia, entendida como algo formal, jurídico”. (p.27)

normativo las disposiciones citadas en el párrafo anterior [Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales], así como el artículo 65 de la Constitución Política, en virtud del cual “[l]a producción de alimentos gozará de especial protección del Estado”. La Corte Constitucional ha definido el alcance de este derecho basándose especialmente en lo señalado al respecto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC). Al respecto, el mencionado comité ha sostenido que todas las personas deben tener el derecho a una alimentación adecuada o a los medios para obtenerla (Corte Constitucional, sentencia T-466/16, §87).

Palabras que encuentran un correlato sumamente importante en la sentencia T-302/17, en la medida en que pueden ser leídas como réplica al argumento central de muchos de los detractores del estatus iusfundamental del DAA (especialmente en tanto que principal estrategia argumentativa del conservadurismo político libertario); va una nueva cita:

Aunque a nivel académico y conceptual algunos autores han desarrollado distinciones entre los derechos de primera y segunda generación, o entre derechos civiles y políticos y derechos sociales, estas distinciones no tienen el alcance de negar o impedir la justiciabilidad de los derechos que tienen facetas prestacionales. La Corte ha indicado, para efectos de la protección judicial, que todos los derechos tienen contenidos de carácter positivo y negativo. Así, aunque en principio la jurisprudencia haya hecho distinciones entre derechos fundamentales y derechos sociales, o entre derechos positivos y derechos de libertad, la posición jurisprudencial ha evolucionado hasta el punto de sostener que dicha distinción es un error categorial y que aplicarla para negar el carácter fundamental de los derechos que implican prestaciones resultaría no sólo confuso sino contradictorio (Corte Constitucional, sentencia T-302/17, §8.1.1).

El siguiente paso dentro de este primer reto es, entonces, darle vía al ejercicio de fundamentación normativa, o lo que es igual, a las razones filosóficas propias de la dimensión descriptiva y que se hacen relevantes, insistimos, gracias a la manera en que este concepto general trae consigo las diferentes preguntas implicadas en la expresión *por qué* (*A has a right to X against B by virtue of Z*). De manera específica, la segunda columna permite responder dichas preguntas, justifica tal apuesta ideológica, y con ello, todo el esquema analítico (así como la protección iusfundamental hecha por la Corte) desde el valor de la autonomía individual como su fundamento, como su grupo de razones normativas. Esto, en la medida en que está dirigido al individuo (sujeto *A* de la relación triádica) en tanto que titular de necesidades básicas, o lo que es igual, de necesidades que “*apuntan finalmente a estados de cosas que son prerrequisitos de esa autonomía individual y que como tal, deben ser garantizados por nuestras instituciones*” (Gallo, 2010: 219).

También acá resulta necesario ofrecer sustento empírico. En el caso de la sentencia T-466/16, este valor político aparece dentro de un tipo de secuencia normativa que siguiendo a Alexy (1993) puede ser llamada relación de precisión o de fundamentación. Cuando es lo primero, se trata de la secuencia dignidad-autonomía-alimentación, mientras que en el segundo caso tal secuencia se invierte (justamente en el sentido del cuadro) en la forma alimentación-autonomía-dignidad. Estas son las palabras dentro de dicho fallo:

Los niños, como todas las personas, son titulares del derecho a la dignidad humana (Preámbulo de la Constitución), el cual les garantiza, entre otras, la posibilidad de tener un plan de vida y de tomar decisiones de acuerdo con este plan [léase, autonomía]. El adecuado desarrollo durante la niñez es una condición indispensable para que la persona pueda trazarse un proyecto de vida y actuar de acuerdo con él, por lo cual se le exige al Estado adoptar medidas especiales de protección durante esta etapa [entre ellas, la alimentación]¹²(Corte Constitucional, sentencia T-466/16, §63).

Y por los lados del fallo T-302/17, aparece en la forma de una importantísima diferenciación entre la garantía de la seguridad alimentaria (léase, condiciones de plena autonomía, enunciado 1) y la práctica política de medidas asistencialistas; va la respectiva cita:

La solución para la vulneración de estos derechos no reside, entonces, en la aplicación de programas asistencialistas para alimentar directamente a los niños y niñas. Ésta debe incluir, ante todo, iniciativas de seguridad alimentaria destinadas a fortalecer las capacidades y la autonomía del pueblo Wayúu (Corte Constitucional, sentencia T-302/17, §6.4.3).

No queda nada más por agregar frente al reto de filiación ideológica. Pasamos al siguiente, el establecimiento de un deber, comenzando por una explicación un poco más detallada de la segunda columna. En especial, la manera en que el valor político de la autonomía (epicentro del conjunto de razones normativas propias de la dimensión descriptiva) es objeto de una triple clasificación, entre tipos de situaciones diferenciadas y en las que, en tanto que individuos (o como parte de múltiples asociaciones), nos podemos encontrar frente a las instituciones que tienen el deber de protección del DAA (sujeto B de la relación triádica y correlativa). De nuevo, (1) circunstancias de plena autonomía, (2) circunstancias de autonomía limitada y (3) circunstancias de ausencia de autonomía.

La primera circunstancia (enunciado 1) expresa *la condición ideal* en la que a un individuo (o a sus asociaciones), primero, se le(s) ha asegurado y, segundo, no

¹² Subrayas fuera del original.

se le(s) ha puesto en riesgo su capacidad de elección frente al tipo de alimentos que está consumiendo. Lo que significa, a su vez, que se cumplen (por lo menos) las siguientes tres condiciones: (i) dicha persona (o sus asociaciones) vive(n) bajo un sistema institucional en el que existe una oferta alimentaria suficiente para todos; (ii) tal sistema le(s) asegura igualmente un acceso pleno a la oferta de alimentos; (iii) el mismo sistema le(s) permite tener *información plena*, o sea, conocimiento claro frente al tipo de prácticas alimenticias que ha(n) decidido llevar y, desde luego, sobre las posibles consecuencias acarreadas con tal decisión.

Vienen luego las circunstancias de autonomía limitada (enunciado 2), es decir, ese estado *no ideal* en el que la persona (o sus asociaciones) sufre(n) algún tipo de limitación parcial en su(s) capacidad(es) de elegir. También acá es necesario hablar de ciertas condiciones, aunque ahora de incumplimiento o falla institucional: (i) en tanto la persona (o sus asociaciones) se encuentra(n) sometida(s) a un sistema institucional que no garantiza una oferta alimentaria suficiente (existe escasez); o, (ii) es igualmente el caso en que a pesar de una oferta plena, a la persona (o a sus asociaciones) no se le(s) garantiza un acceso adecuado, sus medios de acceso son limitados; finalmente, (iii) cuando la falla institucional no está ni en la oferta ni en el acceso, sino en la disponibilidad de información plena en aras de tomar decisiones sobre el tipo de prácticas alimenticias.

En tercer lugar, aparecen las circunstancias de ausencia de autonomía (enunciado 3) y con ellas, ese *peor de los mundos posibles* al que, sea dicho de una vez, la Corte denominará el estado de cosas inconstitucional (T-302/17). Mundo en el que la persona (o sus asociaciones) queda(n) sometida(s) a un régimen en el que no tiene(n) ninguna posibilidad de elección y en tanto que: (i) no hay oferta, o lo que es igual, existe una escasez total de alimentos, o, (ii) a pesar de la oferta (ora parcial ora plena), diferentes razones la(s) ha(n) puesto en un lugar en el que carece(n), por su propia cuenta, de toda posibilidad de acceso.

También es necesario decir algo sobre las demás columnas. En la siguiente, el cuadro ofrece otra distinción referida a los tipos de problemas que deben enfrentar los individuos (o sus asociaciones) dependiendo de cuál sea su circunstancia específica. Y ello de manera que quienes están en las condiciones ideales de autonomía plena (enunciado 1) solo aparecen expuestos a los riesgos implicados dentro de los problemas que se derivan de la calidad y/o de la cantidad de alimentos que decidan consumir (enunciado 4). Mientras que esto es así, ocurre todo lo contrario con quienes quedan ubicados en el peor lugar posible, es decir, quienes debido a la total ausencia de autonomía (enunciado 3) deben enfrentar los problemas propios de la imposibilidad de acceso a la oferta de alimentos (enunciado 5). En estos términos analíticos resulta más difusa la situación de quienes están expuestos a pérdida parcial (enunciado 2), en tanto que deben enfrentar problemas de ambos tipos (enunciados 4 y 5).

Por último, el cuadro ofrece en sus columnas 4 y 5 una serie de ejemplos de estos dos tipos de problemas diferenciados (respecto al enunciado 4, enfermedades

derivadas tanto de decisiones de consumo o de falta de información). Ejemplos que, a su vez, desembocan en una serie de tipos de posiciones normativas mucho más específicas (la posibilidad de exigir tratamientos médicos, regulación de los procesos de cultivo, producción o comercialización de los alimentos, etc.). Y es en este lugar, ubicados exactamente frente al enunciado 5, donde todo está servido para nuestro reto de formulación precisa de un deber, justamente adscrito a alguna de las posiciones normativas del tipo más específico; deber que queda, pues, conceptual y normativamente vinculado al DAA. Basta para ello con explicar no solo la importancia sino la pertinencia de las palabras que abren el presente acápite (acorde con la referencia de dicho tribunal, mientras que en el primer epígrafe habla uno de los *palabrer*os de la zona norte de la alta Guajira, en el segundo lo hace la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu –*Anataweeshii*-). Es claro que la situación de todas las personas wayúu (en tanto que individuos y como comunidad) es de ausencia de autonomía (enunciado 3). Así como también dichas palabras dejan claro que esta asociación de individuos pasó de estar en condiciones de autonomía (seguramente, de tipo limitado, enunciado 2) a verse sometida al peor de los mundos posibles (de nuevo, enunciado 3). Y si esto es así, todo el problema normativo sobre el que gira la protección específica del DAA de los niños wayúu adquiere la forma del incumplimiento de dos clases de deberes, a saber: el deber positivo de mantener y preservar, así como el deber negativo de no afectar una situación inicial de autonomía. Una vez más, y si esto es así, para los intereses del presente artículo basta con ofrecer una reconstrucción de ambas decisiones dirigida exclusivamente al asunto de las causas del incumplimiento de dichos deberes (del porqué esta comunidad indígena se vio reducida a tales circunstancias propias del enunciado 3).

Final de este primer par de retos, pasamos ahora a la reconstrucción de ambos casos concretos de protección constitucional iusfundamental, comenzando con el que tuvo lugar en el año 2016.

3. La sentencia T-466/16

La autoridad se levantó y dijo a la promotora “señora, primero se le va a dar a los niños y si alcanza se le da a los mayores”. Nosotros nos quedamos mirando la cara el uno al otro. Me dije: “¿ve?, ¡qué cambio, porque aquí se servía siempre de último a los niños!” En otras comunidades pasó lo mismo. (Testimonio citado por Corte Constitucional, T-466/16, §54).

Gracias a lo que ha sido la extensa fijación del punto de partida, podemos señalar de una vez cuál es, para nuestros intereses, la cuestión central dentro de la sentencia T-466/16. Se trata de la manera en que las consideraciones

de la Corte Constitucional desembocan en un lamentable oscurecimiento de las consideraciones anteriores, o, de lo que es la crucial inquietud por las causas que generaron el incumplimiento del deber (ora positivo ora negativo) de mantener o no afectar el estado anterior de autonomía (al menos) limitada del pueblo wayúu (y que suponemos propio del enunciado 2). Oscurecimiento que ocurre como consecuencia de la confluencia de los tres siguientes argumentos: mientras que al primero se le puede denominar una cualificación exhaustiva del sujeto A (del titular de la posición normativa del tipo más general), al segundo se le llamará la respuesta liberal al cómo entender el sujeto B de dicha relación triádica (la titularidad de los deberes correlativos) y al último simplemente le diremos el argumento fáctico y cultural.

El primero de tales argumentos tiene lugar dentro de una lógica que, en principio, parece normativamente irrefutable y que queda expresada desde la siguiente secuencia sobre la titularidad de la posición del tipo más general (A): persona-niño-niño indígena. Con mayor detalle, mientras que el fallo inicia con la ya citada e importantísima afirmación según la cual en Colombia todas las personas estamos en el lugar A (disfrutamos de la posición normativa expresada por el DAA), pasa a señalar que, dentro del caso objeto de revisión, se trata de la protección iusfundamental frente al hambre padecido por niños y, como tales, titulares de una posición normativa *cualificada* (sus palabras, titulares del estatus de sujetos con protección constitucional reforzada). Hay más. La secuencia finaliza señalando que se trata de niños wayúu, esto es, miembros de una minoría cultural, lo que los hace doblemente titulares de dicho estatus de protección especial.

Tal y como entendemos las cosas, la plausibilidad inicial de esta cualificación exhaustiva está en la manera en que opera como un ejercicio de fundamentación del DAA (...*by virtue of Z*) que es al mismo tiempo normativo y empírico. Aquello, al interior de una contienda (nuevamente desde la taxonomía de Pettit, 1999) en la que no es tarea sencilla la de otorgarle a esta posición normativa el estatus de derecho fundamental (republicanismo/liberalismo), especialmente dentro de un contexto político en el que parece dominar el ideal libertario. De allí que tenga que resultar sumamente plausible un ejercicio de fundamentación normativa que proponemos formular de la siguiente manera: se puede ser un conservador libertario, y como tal, poner en duda toda la plausibilidad del esquema propio del cuadro N° 1; pero una cosa es negar la titularidad del DAA a adultos (a los que este credo define sin más como autónomos) y otra cosa ocurre en el caso de niños, especialmente, de la primera infancia. Estas son las palabras contenidas en este caso y que, por su importancia, citamos en toda su extensión:

Así, según lo ha explicado la Corte Constitucional, la alimentación de los niños es determinante para su desarrollo futuro, debido a “la importancia que para el desarrollo psicofísico de toda persona supone una adecuada nutrición durante sus primeros años, puesto que ella se proyectará lo largo de toda la

vida”. En el mismo sentido, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ha sostenido que la alimentación es especialmente sensible para los niños, particularmente durante la gestación y los dos primeros años de vida, ya que es durante esta etapa que se produce el desarrollo básico del niño. Por ello, “la falta de una alimentación y atención adecuadas produce daños físicos y cognitivos irreversibles que afectarán a la salud y al desarrollo intelectual del niño para el resto de su vida (Corte Constitucional, sentencia T-466/16, §86).

Acá no paran las cosas. Ocurre que el argumento normativo anterior se ve reforzado por un ejercicio de fundamentación empírica y, acorde con el cual, al conservador libertario habrá que agregarle que así su obstinación ideológica le llevaré a poner en duda la obligación de asegurarle a los niños la llegada a la autonomía, razones de derecho positivo la confirman. Razones de derecho positivo que, más allá del enunciado expresado por el artículo 44 de la Constitución, dan cuenta nada menos que de la aparición dentro de nuestras reflexiones, dentro de este caso de protección *insufundamental*, de la CDN; por su evidente importancia para los intereses de este artículo nuevamente citamos *in extenso*:

Esta protección especial reconocida a favor de los niños se concreta en principios más específicos. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño, ha identificado cuatro principios generales que deben regir la actuación del Estado para proteger a los niños [...] estos coinciden con criterios utilizados por la Corte Constitucional para resolver casos que han involucrado la protección de derechos fundamentales de los niños [...] Por lo tanto, la Corte considera que a la luz de dichos principios se puede entender el régimen jurídico de la protección especial a los niños en nuestro ordenamiento constitucional¹³ (Corte Constitucional, sentencia T-466/16, §86).

De esos principios a los que se refiere la Corte, dos juegan un papel central dentro de esta serie de razones empíricas que refuerzan los argumentos normativos que venimos señalando como propios de esta decisión. Uno es el que protege *su desarrollo autónomo* “entendido en su concepto holístico, que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social” (Corte Constitucional, sentencia T-466/16, §71) mientras que el otro es el principio que establece *el interés superior del niño* (enunciado en el artículo 3 de la CDN). Gracias al primero, están, entonces, constitucionalmente ordenadas todas aquellas medidas que sean necesarias para llevar al niño a condiciones de autonomía; y, gracias al segundo, cuando estas medidas incluyan prácticas redistributivas (actuaciones estatales que impliquen intervenir dentro del proceso de creación o de distribución de los beneficios sociales, especialmente de tipo económico), por más indeseables que puedan resultar desde

¹³ Subrayas fuera del original.

el credo libertario, tienen prevalencia y deben ser implementadas sin importar cuáles sean los reparos en su contra (reparos que pueden ser económicos, el culto a la eficiencia, o políticos, el culto a la regla de las mayorías).

Todavía hay más. También es posible agregar una razón sobre la plausibilidad inicial de esta cualificación de *A*; ahora en lo que tiene que ver con el hecho de tratarse del hambre padecido por niños indígenas. Esta vez como formulación de un argumento que resulta necesario para acallar las inquietudes propias de todo tipo de liberalismo (en esto sí hay concordancia con el conservadurismo libertario y en la medida en que encontramos un rival común, el comunitarismo), dirigidas a la protección del individuo frente a sus asociaciones, especialmente frente a quienes detentan posiciones de poder. Dicho desde el caso concreto, se trata de la protección de los niños frente a aquellos que detentan el poder dentro del pueblo wayúu y referido a las medidas inmediatas para evitar su muerte por inanición (incluso hasta su internamiento en centros hospitalarios); va una nueva cita:

Dada la crisis humanitaria que enfrentan los niños del pueblo Wayúu, es de relevancia mencionar que bajo ninguna circunstancia las tradiciones y valores de los pueblos indígenas pueden poner en riesgo el interés superior del niño [nuevamente el principio traído desde la CDN], y el Estado podrá en consecuencia dada la evidente vulneración de los derechos de los niños, proceder de forma inmediata a proteger los derechos de los niños, incluso sin tener que concertar con los comunidades, bien sea porque se intentó y no se pudo concertar o bien porque la situación de apremio lo impide (Corte Constitucional, sentencia T-466/16, §134).

Ahora bien, todo este grupo de razones para defender la plausibilidad de tal cualificación exhaustiva pierde fuerza en la medida en que la sentencia lo combina con los otros dos argumentos, de nuevo, la respuesta liberal al quién debe (puede) ser *B* en la relación triádica del DAA y el argumento fáctico-cultural.

Acorde con el segundo argumento, la titularidad de los deberes correlativos al DAA de los niños debe ser establecida dentro del siguiente orden (al que, afirmamos, le resulta plenamente aplicable la expresión rawlsiana) *lexicográfico* (Rawls, 1995): familia, sociedad y Estado. Respuesta que también en principio resulta plausible desde el horizonte liberal, atención, siempre y cuando no se pierdan de vista las posiciones normativas de las que son titulares los adultos desde el mismo DAA; dicho de regreso al cuadro N° 1, siempre y cuando no se dejen de lado las circunstancias de ausencia de autonomía del pueblo wayúu (enunciado 3) en general (justamente de las familias); o, con mucha más vehemencia, con tal de que esta doble categoría reforzada de la que disfrutaban sus niños no se convierta en el manto con el que se esconden o se traslapan las respectivas obligaciones iusfundamentales en cabeza del estado y frente el incumplimiento de un deber; otra vez, el de mantener (positivo) o no afectar (negativo) el estado anterior de autonomía (al menos) limitada

del que disfrutaba antes el pueblo wayúu (y que suponemos propio del enunciado 2).

Nuestro argumento dice, entonces, que es esto lo que lamentablemente ocurre dentro de esta (con todo, valiosísima) sentencia. De lo que da plena cuenta, primero, afirmaciones como la que citamos de inmediato:

Debe recordarse que la Convención sobre los Derechos del Niño brinda un concepto de familia amplio, que permite no solo considerar el apushi como responsable del bienestar del menor de edad, sino también a la comunidad. En este escenario, las autoridades y miembros de las comunidades no pueden desconocer el papel que les corresponde en la atención de las necesidades de los niños, que pasan, como se mencionó antes, por asegurar unas condiciones mínimas de bienestar, sea directamente, cuando están en capacidad de hacerlo, o bien indirectamente, permitiendo la acción del Estado en escenarios de incapacidad como el que aquí se evidencia. Esta perspectiva deja sin fundamento afirmaciones de la Asociación, en torno a que la responsabilidad exclusiva de la situación de los niños Wayúu incumbe exclusivamente al Estado, pues esta consideración desconoce las obligaciones que les corresponden a la sociedad y a las familias de la comunidad Wayúu en la garantía de los derechos de los menores de edad (Corte Constitucional, sentencia T-466/16, §138).

Segundo, y mucho más lamentable, de lo que da igualmente cuenta la manera en que entra en escena el argumento fáctico-cultural. Ocurre que las decisiones de instancia que dieron lugar al pronunciamiento de la Corte giraron en torno a la solicitud de protección de los derechos fundamentales al honor, el buen nombre y la honra del pueblo wayúu; todo ello, en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Tal solicitud obedeció a una serie de afirmaciones de esta entidad, recogidas incluso dentro del fallo de revisión y de las que, por su importancia, nos permitimos transcribir tres; la primera:

A pesar de que culturalmente sabemos que los indígenas, en algún momento, prefieren darle la alimentación a sus adultos, lo que hacemos es que estamos haciendo operativos contundentes, donde sacamos los niños de primera infancia de las rancherías y los atendemos de manera inmediata (Corte Constitucional, sentencia T-466/16, §6).

La segunda,

Para ellos es más importante que el abuelo, los papás y los mayores se alimenten y luego al final alimentar al niño. Ellos además no dejan salir de las rancherías a los niños cuando tienen desnutrición, a los hospitales (Corte Constitucional, sentencia T-466/16, §6).—

Y la última:

[...] existe una dificultad en aplicar el mandato constitucional e internacional de la protección del interés superior del menor de edad, pues en ocasiones se ve limitado o anulado por pretensiones de carácter comunitario, que a pesar de ser legítimas en el nivel colectivo, atentan contra los derechos individuales del niño [...] (Corte Constitucional, sentencia T-466/16, §6). -

Nuevamente por razones de espacio, debemos dejar de lado (tal vez para otro escrito) la pregunta por la corrección de la negativa de la Corte para tutelar los mencionados derechos relativos al buen nombre (evidentemente vulnerados por este tipo de aseveraciones). Lo que interesa acá es, pues, la manera en que la (en principio justificable) secuencia persona-niño-niño wayúu, ya no solo sirve para opacar el deber de no afectar las condiciones de autonomía inicial, es decir, para dejar a los adultos wayúu por fuera de la posición normativa del tipo más general (A), sino para ubicarlos del lado opuesto de la relación triádica, en el lugar de B.

Tampoco interesan cuáles terminan siendo las órdenes emitidas en el fallo para las autoridades wayúu (en términos generales dirigidas a la no oposición frente a las medidas urgentes que se deban tomar para salvar la vida de los niños). El punto políticamente relevante que nos interesa resaltar es este: gracias a tal lectura de la CDN, gracias a esta confluencia entre derechos humanos y normas constitucionales, o lo que es igual, entre Comité de los Derechos del Niño y Corte Constitucional, el punto de partida inicial (todas las personas ocupamos la posición A) ha sido excluido de este caso de protección iusfundamental. O, de nuevo desde el cuadro, esa secuencia analítica que inicia con la posición normativa del tipo más general (columna 1), pasa a la situación de ausencia de autonomía del pueblo wayúu (columna 2, enunciado 3), se conecta con su imposibilidad de acceso a la oferta alimentaria (columna 3, enunciado 5) y, luego, con *sean cuales sean* las razones que (nótese que la columna 4 aún no está definida) finalmente desembocan en los derechos de los adultos de esta comunidad a no morir y a no padecer hambre (columna 5); todo ello, afirmamos, queda borrado de un plumazo.

Para dar por terminada esta reconstrucción parcial de la primera sentencia, únicamente nos hace falta señalar que, entonces, todo queda servido para develar el lamentable cinismo con el que (desde estos dos principios establecidos por la CDN) en lugar de darle fuerza a la apuesta política del liberalismo social, se termina debilitándola. ¿Cinismo?. Cómo más calificar a quien en lugar de plantear la pregunta normativa establecida desde arriba, léase, ¿cuáles fueron las causas por las que el pueblo wayúu se vio obligado a dejar de lado esa tradición cultural en la que eran los niños quienes llegaban de último a la mesa?; en su lugar, decimos, se limita a celebrar el hecho de que, en los últimos años y al parecer como obediencia a un mandato constitucional (!), una comunidad se haya visto obligada a modificar sus prácticas alimentarias. Ofrecemos una nueva cita con la que ponemos punto final a

esta reconstrucción de la primera sentencia:

A partir de las pruebas recaudadas en sede de revisión, especialmente las provenientes de fuentes académicas, esta Sala pudo observar que la alimentación prioritaria para los mayores hizo parte de las formas propias de la organización social del pueblo Wayúu, y aunque en la actualidad las observaciones dan cuenta de que tal costumbre no resulta prevalente (Corte Constitucional, sentencia T-466/16, §55).

4. La Sentencia T-302/17

Y lo que más nos duele como wayús, como colombianos, como sociedad, como etnia, es que el Gobierno no hizo ninguna clase de pronunciación, ¿por qué? Somos pueblo, somos colombianos, somos humanos. (Ochoa Sierra, 2011: 71).

Dos consideraciones de la Corte en la sentencia T-302/17 evitan que se haga igualmente acreedora de las críticas esbozadas en el acápite anterior. La primera, directamente en contra del argumento fáctico-cultural y la lamentable forma que le da al debate normativo; decimos *directamente* puesto que en este segundo caso de protección iusfundamental sí se reconoce (desde el principio, dentro de un ítem titulado *contexto*), no se pone en duda, la importancia que tienen (y siempre han tenido) los niños para su comunidad étnica:

Para las familias del pueblo Wayúu los niños ocupan un lugar especial. A partir de su concepción tienen el derecho a recibir cuidados espirituales y medicinales y merecen la atención exclusiva de la madre en los primeros años de vida. Posteriormente, los padres y abuelos acompañan su crecimiento y les explican las labores del hogar como hombres y mujeres. La alimentación es un derecho fundamental para los niños y las niñas wayúu, y en ese sentido, se garantiza la alimentación materna y la alimentación complementaria de acuerdo a la dieta wayúu (Corte Constitucional, sentencia T-302/17, §5.1.8)¹⁴.

¹⁴ Pasaje que es a su vez complementado con las siguientes palabras: “[...] algunas autoridades y sectores de la opinión pública atribuyen la crisis casi exclusivamente a las “extrañas creencias y costumbres” de los Wayúu. Incluso dentro de este proceso de tutela se encuentran algunas alusiones de entidades del orden nacional que consideran que los distintos programas adelantados serían más efectivos si no hubiera dichas tradiciones en el pueblo Wayúu. La Corte considera que dichas apreciaciones, aunque se encuentran amparadas por la libertad de expresión, se enfocan exclusivamente en una parte del problema y muy probablemente se derivan, como considera el ICANH [Instituto Colombiano de Antropología e Historia], de “un claro prejuicio étnico-racial que reedita viejos esquemas discursivos exotizantes

Mientras que la segunda consideración tiene que ver con la manera en que, esta vez, una cualificación exhaustiva similar del sujeto *A* (titular de la posición normativa del DAA)¹⁵ desemboca en un lugar diferente al ocultamiento anterior del par de deberes específicos (positivo de mantener y negativo de no afectar la situación previa de autonomía limitada de los wayúu) en cabeza del estado colombiano. Lugar que, tal y como se señaló desde arriba, recibe en sus páginas el nombre de *seguridad alimentaria*; también acá debemos ofrecer una cita:

En esta visita la Corte constató que el proyecto realizado por el DPS [Departamento Administrativo de Seguridad Social] efectivamente permite a la comunidad mantener la seguridad alimentaria sin la necesidad de recurrir a programas asistencialistas ni de renunciar a su cultura alimentaria. La Corte considera que proyectos como el de la comunidad de Sibichón potencian las capacidades y la autonomía de las comunidades indígenas para producir sus propios alimentos de acuerdo con sus usos y costumbres. Este proyecto, para la Corte, es una prueba fehaciente de que la cultura Wayúu y los derechos de los niños no son incompatibles, y de que el Estado tiene las herramientas en sus manos para implementar proyectos efectivos y a la vez sensibles a la diversidad cultural (Corte Constitucional, sentencia T-302/17, §7.3.6).

Así las cosas, estamos frente a una sentencia en la que resulta nítida la misma reducción del problema normativo, nuevamente, a la cuestión de las causas del incumplimiento en los deberes estatales frente a los wayúu (al porqué esta comunidad indígena se vio reducida a circunstancias de ausencia de autonomía). De regreso al cuadro No.1, ha llegado, al fin, la hora de enfrentar las diferentes alternativas establecidas en la columna 4 (enunciados 6 a 8) acerca del tipo de razones que explican en último término el vínculo entre el DAA y los derechos a no tener y a no morir de hambre (última columna).

En este punto, el extenso fallo de la Corte repite una y otra vez el mismo diagnóstico, a saber: la causa de este incumplimiento debe ser expresada en los términos de la omisión en los deberes positivos estatales de mantener el estado

y que tienden a traducir la alteridad étnica en ‘salvajismo’”. (Corte Constitucional, sentencia T-302/17, §5.1.8).

¹⁵ Pasajes como el siguiente explican por qué afirmamos que también en dicho fallo aparece el mismo ejercicio de cualificación exhaustiva: “Este principio de desarrollo integral se ve reforzado por la prevalencia de los derechos de los niños y niñas, el cual también tiene importantes efectos jurídicos en este caso. Por un lado, hace que varios contenidos prestacionales de los derechos sean de aplicación inmediata, por expreso mandato constitucional. Entre ellos se encuentra el derecho a una “*alimentación equilibrada*”, que como se explicará a continuación, comprende obligaciones de abstención, prestaciones específicas y garantías de soberanía alimentaria para las comunidades a las que los niños y niñas pertenecen. Este derecho ha sido catalogado por la misma jurisprudencia, como uno de aquellos derechos que provienen de la condición humana del infante” (Corte Constitucional, sentencia T-302/17, § 6.1.4).

inicial de autonomía, a través de la formulación y la ejecución de políticas públicas eficaces para enfrentar “la presión de las sequías, los cierres fronterizos y [...] la incidencia de actividades extractivas en el Departamento de La Guajira” (Corte Constitucional, sentencia T-302/17, §6.1.8)¹⁶.

Desde nuestro cuadro No.1, se trata, pues, del sometimiento a circunstancias de ausencia de autonomía (enunciado 3) en la que la imposibilidad de acceso a la oferta alimentaria (enunciado 5) obedece bien sea a las condiciones de hambruna generadas por factores naturales o por el cierre fronterizo (enunciado 6, columna 4), o bien, por la situación de pobreza extrema como consecuencia de las actividades extractivas que tienen lugar en la región (enunciado 8).

Lo que sorprende es el aturdidor silencio de la Corte frente a las condiciones de violencia extrema a las que fue sometido el pueblo wayúu. Ochoa Sierra habla, por ejemplo, de la existencia de “un trauma colectivo relacionado con la incursión de los paramilitares y sus hechos. La representación que los wayús tienen del *arijuna* está asociada a los males y su descomposición étnica” (Ochoa Sierra, 2011: 91). Y, en efecto, dentro de esta misma sentencia, en ese lugar que la Corte denomina *matriz de propuestas*, se citan las siguientes solicitudes (complementarias, desde luego, a las que aparecen ubicadas como epígrafes): “Concentrar los recursos así como beneficios en general que se desprenden de la calidad de víctima [víctima del conflicto armado] de las comunidades de la región en el marco del cumplimiento de la sentencia T-025” (Corte Constitucional, sentencia T-302/17, número 116); “Que el gobierno le dé cumplimiento a lo ordenado en la sentencia T025 de 2004” (Corte Constitucional, sentencia T-302/17, número 170). Con todo, de estas circunstancias de violencia únicamente se habla en términos de la intervención de la Defensoría del pueblo (§4.3.1), pero sin que las consideraciones esbozadas en este segundo fallo den, pues, lugar a esa otra secuencia analítica de nuestro cuadro; secuencia, según la cual, la imposibilidad de acceso a la oferta alimentaria que padece hoy el pueblo wayúu queda (también) causalmente conectada con las atrocidades cometidas por los grupos paramilitares (enunciado 7). Y es por ello que este silencio sorprende de manera negativa. Puesto que, tal y como lo demanda esa voz wayúu trascrita en el último de

¹⁶ O, una cuantas páginas antes y desde una perspectiva más general: “La situación de hambre entre los niños y niñas del pueblo Wayúu tiene distintas causas, algunas naturales, otras atribuibles al Estado, otras a las propias comunidades indígenas e, incluso, otras al gobierno del vecino país de Venezuela cuyos cierres de frontera han afectado gravemente a las comunidades wayúu que son binacionales y que, dependiendo de su ubicación en el Departamento de La Guajira, se abastecen principalmente de los mercados venezolanos. Según Oxfam, que aportó a este proceso el *Mapeo de la situación de los medios de vida y la seguridad alimentaria de familias vulnerables en la Alta Guajira*, el principal determinante de esta crisis “*ha sido el giro forzoso que la población ha tenido que enfrentar, pasando de abastecerse con productos venezolanos hiper-devaluados, subsidiados y de fácil acceso físico, a abastecerse de productos en Colombia, cuyo acceso físico es difícil por la precariedad de las vías de comunicación*”. En esto coincide el Programa Mundial de Alimentos de las Naciones Unidas, que cita como una de las causas de la situación, la crisis en la frontera con Venezuela, lo cual disminuyó las remesas desde Venezuela, aumentó de manera exorbitante los precios de alimentos y disminuyó la disponibilidad de alimentos en los municipios de frontera” (Corte Constitucional, sentencia T-302/17, §5.2.8).

nuestros epígrafes, nada más ofensivo para las víctimas de la violencia extrema que ese otro exilio generado por una situación en la que (a la sentida y evidente ausencia de reconocimiento oficial, se le suma el hecho de que) nosotros, los miembros de la sociedad política a la que se encuentran vinculados, ni siquiera conocemos (ni nos imaginamos) su tragedia y su dolor. Fue este, creemos, un escenario más que propicio para que el Estado colombiano (la voz oficial representada nada menos que por nuestro máximo defensor de la supremacía constitucional) ofreciese tal reconocimiento y sacara del mordaz anonimato a las historias de terror acaecidas en este tiempo y espacio. O, si se nos permite atravesar el Atlántico, para traer como cierre a las palabras que hicieron parte de la fluida correspondencia que tuvo una ciudadana alemana con Primo Levi, era este el espacio para que la Corte, en el marco de esa invaluable actitud de pedagogía política que casi ajusta ya 30 años, nos enseñara que frente a este tipo de prácticas, lo primero a lo que aspiran las víctimas de la crueldad sistemática y por ende, [l]o que nos está absolutamente prohibido[,] es olvidar. Por ello, los libros como el suyo son importantes para la nueva generación, porque describen de modo humano lo que es inhumano (citado por Levi, 2005: 639).

¿Cuál es el alcance que ha debido tener este reconocimiento de la comunidad wayúu como víctima de tales prácticas de crueldad?. Es una pregunta que gracias a la manera en que han sido construidas estas líneas (sentados en la comodidad de nuestros escritorios) no estamos en capacidad de responder. De allí que nos limitemos, primero, a traducir a nuestro lenguaje el relato de Ochoa Sierra (2011), ese en el que su experiencia investigativa en la zona le ha permitido afirmar (esta es nuestra traducción) que estamos frente al incumplimiento de un deber negativo: el estado, en un episodio más de alianza con el paramilitarismo, incumplió el deber de no someter al pueblo wayúu a condiciones de violencia extrema. O, segundo, en la medida en que tal respuesta carezca de sustento fáctico (insistimos que no lo sabemos), se trata del incumplimiento de un deber positivo, el de enfrentar eficazmente a los grupos paramilitares que llevaron a cabo estas prácticas, o lo que es igual, el deber de preservar la vida, la integridad personal y los bienes de dicha comunidad; con ello, de haber mantenido sus condiciones iniciales de autonomía limitada.

5. A modo de conclusión: los casos anteriores y la concepción política de los derechos humanos

De manera bastante breve, pasamos a señalar dos elementos constitutivos de las concepciones políticas de los derechos humanos. El primero de ellos (y que puede ser rastreado desde Rawls, 1999, su figura gestacional) está en la separación entre esta doctrina y las concepciones liberales de la justicia; en palabras de Joshua

Cohen, los derechos humanos son “only a proper subset of the rights required by justice” (Joshua Cohen, 2006: 232). Separación que para nosotros y tras las huellas de Samuel Moyn, entre sus significados posibles, deriva en la siguiente definición:

The concept of human rights [...] is nothing but the conviction that states and society as a whole also consider themselves to be subject to the sovereignty of moral sentiment, that they recognize something unqualified above them, something that is bindingly sacred and inviolable even for them, and that they intend to contribute to this end with the power by which they create and ensure legal norms (Moyn, 2010: 165).

También dicho de la manera más simple y aún desde las palabras del mismo Moyn, este *moving from the politics of the state to the morality of the globe* (Moyn, 2010:42) implicado, entonces, en la idea de los derechos humanos, significa que su gran valor político está en que pone al individuo en el lugar de la última palabra; y si esto es así, he acá el por qué hablamos de una doctrina que establece criterios de deslegitimación del derecho estatal; hay más, y si esto es así, he acá el por qué de su punto de partida de separación epistémica¹⁷.

Por su parte, el segundo elemento apunta a la manera en que se deben entender las relaciones entre derechos humanos y derechos fundamentales, o lo que es igual, entre soberanía del sentimiento moral y democracia constitucional. Se trata de una pregunta que conduce a otra separación, tal vez mucho más conocida, y que de la mano de Jean Cohen (2012), llamaremos *el rostro jánico* del lenguaje de los derechos. Rostro que dentro de uno de los ya referidos trabajos anteriores (Gallo, 2018) se formuló en los términos de los dos ejes funcionales de esta herramienta lingüística, a saber: el de la injusticia y el de la esperanza. Dentro de aquel eje, los derechos humanos son un juego de lenguaje más del que nos hemos válido para la identificación de las diversas formas de poder opresivo, de dominio político injustificado y, por ende, resistible; dicho sea de una vez, es acá, en este eje en donde esta doctrina pone al individuo en el lugar de la última palabra, es acá donde adquiere forma la idea de soberanía del sentimiento moral. Por su parte, dentro del eje de la esperanza los derechos humanos hacen parte del juego en el que esta herramienta lingüística opera como parámetro para la acción política, como grupo

¹⁷ Parece necesario explicar mejor, o lo que es igual, poner sobre la mesa los elementos que nos permiten, de la mano de esta afirmación, dar por sentada la separación epistémica entre teorías de la justicia y soberanía del sentimiento moral. Nuestro punto de partida es el mismo Rawls (1999) (la manera en que define las concepciones de la justicia), aunque con mayor precisión, Pogge (1989) y su apuesta por leer la obra rawlsiana con cierto tono pragmático: “he claims no truth for his conceptions beyond its potential to serve as the core of overlapping consensus” (Pogge, 1989: 4). Tal punto de partida debe ser confrontado con la ideal del imperio del sentimiento moral. La conclusión (véase el trabajo de Jorge Giraldo, 2015) dice, entonces que difícilmente la apertura a cualquier tipo de “normas y valores que surgen de cosmovisiones particulares” (Giraldo, 2015: 148), merece el título de teoría (sea estatal, sea global) de la justicia.

de razones dirigidas a enfrentar aquellas injusticias y, así, como lenguaje legitimador de diversos poderes que quedan, pues, revestidos con el manto del progreso moral.

Gracias a este último eje (el de la esperanza), el segundo elemento característico de estas concepciones apunta, entonces, a la elección política de alguno de tales poderes. Poderes que desde lo que ha sido la historia del lenguaje de los derechos (todavía desde Gallo, 2018) pueden ser descritos en la siguiente secuencia: (1) derechos naturales y con ellos el poder del fanatismo revolucionario revestido con el ropaje del derecho de resistencia; (2) derechos jurídicos del estado liberal decimonónico y con ellos el poder de los privados, el poder económico e ideológico naturalizado en el ámbito de la sociedad civil gracias al predominio de las libertades negativas; (3) derechos constitucionales fundamentales y acá el poder de los funcionarios estatales bendecido ora por la *voluntad* popular, por el encanto irresistible de las libertades políticas y del derecho a la autodeterminación colectiva, ora por la crucial tarea de servir de garantía contra-mayoritaria; (4) derechos humanos y lo que es hoy el poder de las potencias mundiales, principalmente desde su poderío militar, encarnado en la intervención humanitaria, o en términos más generales, en todas aquellas acciones comprendidas en la denominada *responsibility to protect -R2P-* (Cohen, 2012).

Así las cosas, nuestra propuesta de vínculo entre derechos humanos y derechos fundamentales surge como resultado de una elección política que tiene lugar dentro del eje de la esperanza: reemplazar las bombas de los ejércitos más poderosos del mundo con el poder de los funcionarios estatales. Y ello, ahora desde el otro ámbito (injusticia), para que la democracia constitucional surja como práctica política alternativa y diferenciada de las demás (1, 2 ó 4), precisamente en tanto espacio en el que tiene lugar no solo la *protección*, sino el *incentivo y fomento* del sentido de la injusticia. Sentido que en el caso concreto, lo principal, en tanto que impacto normativo de la CDN tiene lugar (entre otras posibilidades):

- Para toda la comunidad wayúu (así como para todo aquel que se ponga en su lugar) durante todo el tiempo que tarden las autoridades públicas en hacer efectivas las órdenes impartidas en ambos casos y frente a la protección del DAA de los niños (posiciones normativas más específicas descritas en las últimas filas de la columna 5).
- Para toda la comunidad wayúu (así como para todo aquel que se ponga en su lugar) y en relación con una sentencia (T-466/16) que de la mano de la secuencia persona-niño-niño indígena, termina desconociendo las circunstancias de ausencia de autonomía en que se encuentran los adultos.
- Para toda la comunidad wayúu (así como para todo aquel que se ponga en su lugar) y en relación con una sentencia (T-302/17) que ha dejado pasar un momento ideal para reconocer, hacer público, enseñarnos, el dolor que han padecido centenares de familias como consecuencia del incumplimiento de un deber estatal; de nuevo, en el peor de los casos, un deber negativo de no atentar contra la vida de personas indefensas (Ochoa

Sierra, 2011); o, por lo menos, la omisión en el deber positivo de haberlas protegido frente a los actos de barbarie propios de la lógica y el accionar paramilitar.

Finalmente, con todo lo anterior hemos querido referirnos al trato que, desde el ordenamiento jurídico colombiano y su más reciente desarrollo jurisprudencial, se le ha dado a la CDN, con ocasión de su trigésimo cumpleaños. Especialmente, ante la deuda histórica de este país con relación a la niñez indígena Guajira, el reconocimiento de la titularidad de sus derechos, su protección y las formas de hacerlos efectivos. Queda, en el tintero para una próxima ocasión, las reflexiones sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta para la formulación de políticas públicas propias del estado social de derecho y la garantía de que sus prerrogativas se pondrán en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que los afecte.

Referencias bibliográficas

Alexy, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de estudios constitucionales.

Beitz, Charles (2012). *La idea de los derechos humanos*, Madrid: Marcial Pons.

Cohen, Jean (2012). *Globalization and Sovereignty. Rethinking Legality, Legitimacy, and Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press.

Cohen, Joshua (2006). “Is there a Human Right to Democracy?”, en Synnowich (edit.), *The Egalitarian Conscience*, Oxford: Oxford University Press.

Gallo, Mauricio (2010). “Justicia global, derechos sociales y pluralismo”, *Coherencia*, Universidad Eafit, N° 7(13), p. 213-244.

Gallo, Mauricio (2014). “¿Es defendible la idea de un derecho universal a no morir de hambre?”, en Restrepo Olga y Cesar Molina (edit.), *Derecho a la alimentación: aproximaciones teóricas y prácticas para su debate*, Medellín: Universidad de Medellín, Corporación Universitaria Remington, Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura.

Gallo, Mauricio (2018). “El concepto político de los derechos humanos. Una disputa con la ética del discurso”, *Revista de Derecho*, Fundación n° 50, pp. 217-245.

- Gewirth, Allan (1998). *The Community of Rights*, Chicago: University of Chicago Press.
- Giraldo, Jorge (2015). *Las ideas en la guerra. Justificación y crítica en la Colombia contemporánea*, Bogotá: Debate.
- Gutiérrez, Francisco (2014). *El orangután con sacoleva. Cien años de democracia y represión en Colombia (1910-2010)*, Bogotá: Iepri, Debate, Universidad Nacional de Colombia.
- Hegel, G.W.F (2017) *Fundamentos de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia política*, Madrid: Tecnos.
- Moyn, Samuel (2010). *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge: Harvard University Press.
- Nussbaum, Martha (2007). *Las fronteras de la justicia*, Barcelona: Paidós
- Levi, Primo, (2005). “Los hundidos y los salvados”, en *Trilogía de Auschwitz*, Barcelona: Océano.
- Ochoa Sierra, María (2011). *Horror sin nombre. Impacto de la entrada de los paramilitares en el territorio wayú*, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Pettit, Philip (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, Barcelona: Paidós.
- Pogge, Thomas (1989). *Realizing Rawls*, Ithaca: Cornell University.
- Rawls, John (1995). *Teoría de la justicia*, México: Fondo de cultura económica.
- Rawls, John (1999). *The Law of Peoples with. The idea of public reason revisited*, Cambridge: Harvard University Press.
- Shklar, Judith (1998). “Political Theory and the Rule of Law (*Law*)”, en Stanley Hoffman (Ed.), *Political Thought and Political Thinkers*, Chicago: Chicago University Press.
- Schneewind, J.B (2009). *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*, México: Fondo de Cultura Económica.

2



EL SALVADOR, A TREINTA AÑOS DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Karla Marina, Criollo Mendoza¹⁸
Iris Fidelina, Flores de Arévalo¹⁹
Mario Ernesto, Juárez Escobar²⁰

*Protegedme de
la sabiduría que no llora,
de la filosofía que no ríe
y de la grandeza que no
se inclina ante los niños.*
Khalil Gibrán.

1. Introducción

El Salvador, es país ubicado en lo que geográficamente se reconoce como América Central, con una dimensión territorial de menos de veintiún mil

¹⁸ Abogada y Notaria. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad “José Simeón Cañas” UCA, de El Salvador; y especialista en Derecho de Familia de la Universidad de Buenos Aires, UBA, Argentina. Catedrática titular de la materia Derecho Procesal de Familia de la Universidad Evangélica de El Salvador, y colaboradora jurídica de la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

¹⁹ Abogada y Notaria. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador; Maestra en Derecho de Familia, con estudios especializados en Derechos Humanos de Niñez y Adolescencia; diplomada de Pedagogía en Educación Superior; Capacitadora de área de Familia de la Escuela de Capacitación Judicial, Docente de las cátedras de Derecho de Familia I y II, con cargo de Coordinadora de la carrera de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Evangélica de El Salvador.

²⁰ Licenciado en Ciencias Jurídicas, Maestro en Desarrollo Local con especialización en Políticas Públicas. Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Evangélica de El Salvador.

kilómetros cuadrados y con una población cerca de los siete millones de habitantes, siendo el país más pequeño del istmo, pero con uno de los más altos índices de concentración o densidad poblacional por km² en la región. Según datos de la Dirección General de Estadísticas y Censo de El Salvador en 2018 más de dos millones, son niñas, niños y adolescentes, es decir, tres de cada diez personas en El Salvador son menores de 18 años. El 50.7% son niños y adolescentes hombres y el 49.3% son niñas y adolescentes mujeres. En relación a la población de niñez y adolescencia en situación de abandono, casi 4 de cada 10 (36.5%) viven sin alguno o sin ambos padres. Las principales causas de esta situación son el abandono, la migración y la muerte del padre o de la madre. El Salvador, como uno de los países firmantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, reconoce a niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y, sobre todo, asume la responsabilidad de generar y promover garantías sociales que les permitan el pleno goce y ejercicio de sus derechos (Fundación Fundaungo, Secretaría técnica y de planificación de la presidencia (STPP) y UNICEF, 2015).

El presente artículo, hace referencia a cómo la Convención sobre los Derechos del Niño, generó en El Salvador cambios tanto en la legislación, así como en la creación de instituciones que velen por los derechos de la niñez y adolescencia en El Salvador. Como se hará ver más adelante, uno de los principales impactos en El Salvador, fue la creación de la **Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**, más conocida como LEPINA, la cual luego de aprobada, su entrada en vigencia tuvo que ser retrasada por un año después de su publicación en el Diario Oficial, debido a que El Salvador tenía que preparar, crear y formar las instancias e instituciones que dicha normativa involucraba, es decir, la ley fue decretada sin estar preparado el país para afrontar institucionalmente el desarrollo de la normativa relativa a la niñez y la adolescencia.

Previo al estudio de la ley antes comentada, en el presente se hace alusión a los antecedentes históricos-sociales de El Salvador desde la década de los años 70 y 80, hasta después de la firma de los Acuerdos de Paz de 1992, con los cuales se puso fin a un conflicto armado entre el ejército nacional y grupos civiles armados más conocidos como guerrillas. Éstos últimos entre sus ideales y principios de lucha, profesaban la búsqueda del cierre de la brecha de desigualdades sociales identificadas en esa época y de las cuales se hacía responsable al gobierno de turno, conflicto que impactó en la sociedad salvadoreña pero sobre todo en los derechos de la niñez y adolescencia.

Posteriormente, se establecen los instrumentos legales en El Salvador, sobre temática de niñez, antes y después de la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 2 de septiembre de 1990, haciéndose énfasis y desatacándose que en la legislación salvadoreña de la época no se tenía uniformidad conceptual sobre qué sujetos eran considerados niños, siendo interpretada tal calidad de niño, acorde a lo que cada materia especial establecía o regulaba cuando hacía relación a éste.

Un nuevo apartado, contiene la breve reseña de las modificaciones

legislativas, a partir de 1990 hasta la actualidad, en materia de protección a la niñez y adolescencia en El Salvador, reconociendo los cambios paulatinos, así como aquellos que, a partir del año 2010, fueron de gran significancia, modificando la concepción del niño como objeto de tutela, a una persona sujeto de derechos. La entrada en vigencia del Código de Familia de 1994 y la Ley Procesal de Familia, separó todo lo vinculado a las instituciones familiares del clásico Derecho Civil, sin embargo, hasta la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (2009), es que se alcanza un nivel óptimo de garantías fundamentales y el reconocimiento de los niños ya no como objetos, sino como sujetos de derechos.

Luego se hace mención a lo regulado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, los principios que regula la misma y las diversas teorías sobre las cuales está fundamentada en la búsqueda de la protección integral de la niñez y adolescencia. Posteriormente, se han seleccionado casos emblemáticos difundidos por la prensa nacional e internacional, referidos a niños y niñas salvadoreños a quienes se les ha violado determinados derechos reconocidos en la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y demás legislación en favor de la niñez.

Finalmente, concluimos con una breve reflexión sobre los retos que representa el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, de cara a las nuevas circunstancias familiares, sociales y jurídicas, de las niñas, niños y adolescentes, sin olvidar señalar la responsabilidad del Estado como ente de protección, de acuerdo al Art. 34 Inc. 1^o²¹, de la Norma Suprema salvadoreña.

2. Antecedente histórico-social

De acuerdo al Plan de Desarrollo Económico y Social, de 1989-1994, citado en el Informe Inicial de 1992, y presentado por los Estados Partes ante el Comité de los Derechos del Niño (Órgano Ejecutivo, 1992), El Salvador, a finales de la década de los años ochenta, se encontraba sumido en una franca crisis económica, social y política, producto de múltiples factores, entre los cuales podemos mencionar, el enfrentamiento civil-armado que duró por más de diez años, desastres naturales devenidos de la condición geográfica del país -eminentemente sísmico-, enfrentando uno de los más importantes terremotos de su historia en el año de 1986, aunado al alto índice de hogares desintegrados, que en la mayoría de los casos respondía a reclutamientos forzosos dentro de las filas militares y guerrilleras (grupos de civiles armados, en franca lucha contra el régimen de gobierno), a la migración interna e internacional de sus miembros en busca de seguridad y protección, oportunidades económicas, asistencia pública de mejor calidad, entre otras, y con la idea de un futuro próspero.

²¹ Art. 34 Inc. 1^o Constitución de la República.: *“Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado.”*

Ante un panorama tan desalentador y tras ocho años de negociación (Gobierno -Guerrilla), El Salvador puso punto final a doce años de guerra civil, con la firma de los Acuerdos de Paz en Chapultepec, México, según el documento sobre los “*Acuerdos de Paz 1992, Acuerdos de Chapultepec*” (Tratados, 1992). Dentro de los compromisos adoptados están los relacionados al Sistema Judicial y Derechos Humanos. Respecto del primero, se pactó la redefinición estructural del Consejo Nacional de la Judicatura CNJ²², a fin de garantizar su independencia de los otros Órganos del Estado y de los partidos políticos, según se cita en Consejo Nacional de la Judicatura (2014). También se le delegó la organización y funcionamiento de la Escuela de Capacitación Judicial, con miras a asegurar la formación profesional permanente de Magistrados, Jueces y demás operadores Judiciales²³, entre otras acciones.

En cuanto a Derechos Humanos, se acordó la creación de la Procuraduría Nacional para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDHH), estableciéndose que el nombramiento de su titular sería dentro de los noventa días siguientes a la entrada en vigencia de la reforma constitucional.

En todo ese convulsionado contexto en El Salvador, los más afectados fueron los hogares, las familias salvadoreñas, pero en especial los niños, entre otros grupos vulnerables. La familia enfrentó graves problemas de atención, ineficacia en la cobertura de prestación de servicios; escaso fomento de la idea sobre los padres, como responsables en la formación de sus hijos; y la difusa concepción de los niños, como personas con derechos y necesidades de atención especial. En términos de políticas públicas no se identificó hubiera una estrategia de desarrollo social integral, en favor de la familia, ni mucho menos orientada a los niños -ni siquiera para aquellos en situaciones irregulares como los que estaban en circunstancia de abandono, peligro o riesgo-, pues de hecho se admitió, por parte del Gobierno de turno, que la falta de recursos y programas sociales coordinados y focalizados hacía los niños y la poca disponibilidad de técnicos especializados, agudizó la caótica

²² El Consejo Nacional de la Judicatura, tuvo su origen en la Constitución de 1983, como apoyo a la Corte Suprema de Justicia. Comenzó sus funciones en 1990, y era conformada por (5) magistrados de la Corte Suprema de Justicia, (3) abogados de las Asociaciones de Abogados y (2) abogados docentes por las Universidades. Actualmente el Consejo Nacional de la Judicatura, se encuentra conformado de la siguiente manera: (2) abogados propuestos por la Corte Suprema de Justicia, (1) magistrado propietario de Cámara de 2ª Instancia, (1) juez propietario de 1ª Instancia, (3) abogados en ejercicio libre, (1) abogado docente de la Universidad de El Salvador, (2) abogados docentes por las Universidades Privadas y (1) representante del Ministerio Público.

²³ En los Acuerdos de Paz, se menciona el cambio de rol del Consejo Nacional de la Judicatura. En relación a la Carrera Judicial, se esperaba que el ingreso de los aspirantes se hiciera a través de mecanismos confiables, que las selecciones fueran objetivas, en igualdad de condiciones para los participantes y tomando en cuenta su idoneidad para el cargo. Dichas modificaciones implicaron cambios constitucionales. En 1991, la Asamblea Legislativa, reformó el Art. 187 de la Constitución de la República, reconociendo al Consejo Nacional de la Judicatura como una Institución independiente encargada de promover candidatos a Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz.

situación de éstos (Órgano Ejecutivo, 1992).

Uno de los logros, señalados en el Informe Inicial presentado por el Estado salvadoreño al Comité de los Derechos del Niño, fue que en pro de corregir esta situación de desatención y como parte de una política pública de protección a la familia y al niño, El Salvador, había suscrito el día 26 de enero de 1990 la Convención sobre los Derechos del Niño, la que fue ratificada por la Asamblea Legislativa, el día 27 de abril del mismo año (Órgano Ejecutivo, 1992). Además, se hizo del conocimiento al Comité, sobre la formación de la Secretaría Nacional de la Familia, cuyo campo de acción, principalmente, respondería a cinco áreas: a) Atención al niño; b) Adolescente; c) Mujer; d) Personas de la tercera edad, y e) Acción comunitaria.

No obstante, en el citado Informe se hizo hincapié que uno de los obstáculos enfrentados por el Gobierno para atender a la población en situación de vulnerabilidad (niños, adolescentes y mujeres), fue la resistencia mostrada por las comunidades, sobre todo en aquellas zonas en donde ocurrieron enfrentamientos armados, pues rechazaron la ayuda brindada por el Gobierno, por principios e ideales políticos.

A partir del año 1990, a través de la Secretaría Nacional de la Familia, el Gobierno de El Salvador, implementó medidas de difusión a través de cuñas publicitarias, afiches, mensajes en medios de comunicación masiva y folletos con las leyendas: “No más maltrato para los niños” o “¡Basta ya! no maltrates a los niños”, para dar a conocer los derechos de los niños reconocidos en la Convención recientemente ratificada (Órgano Ejecutivo, 1992).

Mucho faltaba por hacer, crear y emprender, sobre todo en el tema de niñez y su protección integral desde una perspectiva de corresponsabilidad -familia, Estado y sociedad-. Han pasado más de dos décadas desde que El Salvador, comenzó el camino de reconstrucción social, política y económica. Situación que no ha sido fácil, la sociedad salvadoreña ha pasado de estar sumergida en la zozobra de la guerra, para vivir ahora en la inseguridad. El crecimiento de grupos antisociales-pandillas, trastoca día a día a centenares de familias salvadoreñas, personas desaparecidas, hijos arrebatados, pequeños y medianos comerciantes extorsionados, instituciones gubernamentales infectadas de actos de corrupción, poca credibilidad en los partidos políticos, niños acosados y ahuyentados de las escuelas por miedo a ser víctimas de las pandillas o reclutados por estas estructuras.

El Salvador, de acuerdo a *InSight The Crime* -una fundación que se dedica al estudio de la principal amenaza a la seguridad nacional y ciudadana en Latinoamérica: el Crimen Organizado ha determinado que El Salvador, en el año 2018, tuvo una disminución del 15% de homicidios en relación con el año 2017, sin embargo, la cifra fue de tres mil trescientas cuarenta (3,340) muertes violentas según lo cita en el artículo digital Dalby y Carranza (2019), lo cual resulta alarmante en un país de menos de veintiún mil kilómetros cuadrados y con más de seis millones de habitantes.

En medio de estas condiciones, El Salvador se planteó el reto mediante el Plan Quinquenal 2014-2019, de establecer lineamientos para incorporar un enfoque transversal en las políticas públicas en materia de género, derechos humanos (entre otros), brindando atención a grupos de alta vulnerabilidad, en concordancia con el interés superior del niño, niña y adolescente. Retos reflejados también en el ámbito normativo (Órgano Ejecutivo, 2018).

3. Instrumentos legales de El Salvador a la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño

Previo a la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (2 de septiembre de 1990), y la subsecuente armonización de la norma suprema constitucional y leyes secundarias, la legislación salvadoreña no tenía uniformidad conceptual sobre qué personas eran consideradas niños. Cada materia en donde se hacía relación al niño, niña o adolescente, importaba o señalaba su propio criterio.

En el Código Civil de El Salvador de 1860, tanto la definición de niño, como la edad para alcanzar el pleno uso de sus derechos y deberes, se encontraba desarrollado en el Art. 26. En él se regulaba que la infancia llegaba hasta los siete años de edad, y que mayor de edad era aquella persona que había alcanzado los 25 años²⁴. La mayoría de edad fue cambiando con el tiempo, considerándose que adulto era aquel que había alcanzado los 21 años de edad -circunstancia que varió con la entrada en vigencia del Código de Familia de 1994 (Oficial D. , 1994) - en cuyo texto se regula que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años.

El Código Civil -en una de sus reformas 1904- Rodríguez Ruíz (2001)-, reguló sobre el consentimiento sexual y el matrimonio, en ese aspecto dijo: “*Son absolutamente incapaces para contraer matrimonio: 1) el varón que no ha cumplido 16 años y la mujer que no ha cumplido 14; son aptos para contraerlo, la mujer que ha cumplido 14 y el varón que ha cumplido 16 años.*”. Si los contrayentes eran menores de 21 años debían obtener el consentimiento expreso de sus padres, ascendiente o ascendientes legítimos de grados más próximos y si el hijo es de una unión no matrimonial el consentimiento lo otorgaría la madre en su defecto el padre natural (Órgano Ejecutivo, 1992).

En cuanto a la incapacidad de rendir testimonio, el Código Civil, regulaba que los niños o niñas menores de 14 años eran incapaces para hacerlo. Sin embargo, en materia penal, esta incapacidad no operaba, con lo cual el testimonio de los menores de 14 años, podían ser apreciados prudencialmente por el juez (Art. 499 Inc. 2 Código Procesal Penal²⁵.)

²⁴ Art. 26 Código Civil. (1860). “*Llámanse infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido 14 años y la mujer que no ha cumplido 12; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido 25 años; y menor de edad, o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos.*”

²⁵ Art. 499 Código Procesal Penal (1973) “*La incapacidad por razón de edad no tiene aplicación en el proceso*

Por otra parte, en materia de menores en conflicto con la Ley Penal, para efectos de gozar del régimen de menores, se regulaba que la persona no debía exceder la edad de 18 años. En materia penal (Legislativo, 1973), los sujetos sometidos a su jurisdicción eran aquellos que, al momento del hecho, tuvieran más de 16 años²⁶. El acceso carnal con adolescentes también estaba tipificado, el Art. 197 Código Penal., decía “*El que tuviere acceso carnal con mujer mayor de 12 años y menor de 15 años aun con su consentimiento, será sancionado con prisión de uno a tres años. El acceso carnal con mujer honesta, mayor de 15 años y menor de 18 mediando promesa de matrimonio, simulación del mismo u otro engaño grave, será sancionado con prisión de seis meses a un año.*”

En relación al servicio militar en El Salvador, la Constitución de la República (1983), ha mantenido en el texto su obligatoriedad para todos los salvadoreños comprendidos entre los 18 y 30 años de edad; aunado a ello en la Ley del Servicio Militar y Reserva de la Fuerza Armada, se regula, además, en los Arts. 2 y 6, que el servicio militar voluntario es entre los 16 y los 18 años de edad. (Órgano Ejecutivo, 1992).

En la Ley General de Educación de El Salvador de 1990, se establecía que el nivel educativo básico, es decir, del primero a noveno grado, comprendía 9 años, y era ofrecido para estudiantes de los 7 a 15 años. (Art. 27 Ley General de Educación).

Dentro del régimen laboral nacional, el Código de Trabajo salvadoreño de la época, estaba orientado por la Constitución de la República; se prohibía el trabajo para los menores de 14 años de edad, no importando el rubro. Sin embargo, si su ocupación era indispensable para la subsistencia de su familia, podía autorizarse, siempre y cuando esto no obstruyera su instrucción obligatoria. Se reguló sobre el tiempo de trabajo para los menores de 16 años de edad, el cual no podía exceder a las seis horas diarias y de 34 semanales, en cualquier clase de trabajo. Así como la prohibición para los menores de 18 años de edad y para las mujeres, realizar labores insalubres o peligrosas. Los menores de 18 años tampoco podían trabajar en horarios nocturnos. (Órgano Ejecutivo, 1992).

Finalmente, en cuanto a la asistencia legal y asesoramiento médico en favor de los menores de edad, la Constitución de la República (1983), le atribuía al Procurador General de la República, la defensa de los intereses de los menores. Sin embargo, en el ámbito penal el Art. 46 Código Procesal Penal (1973), establecía que los imputados mayores de 16 años estaban facultados para nombrar defensor ellos mismos, es decir, sin que tal nombramiento sea efectuado por los representantes legales. En cuanto al asesoramiento médico, la legislación salvadoreña no regulaba sobre el límite de edad para obtenerlo, por lo que se debía aplicar las reglas generales

penal y la declaración de un testigo menor de 14 años podrá ser apreciada prudencialmente por el juez, según la naturaleza del delito y el mayor o menor desarrollo intelectual del testigo, debiendo hacerse referencia en el acta respectiva sobre si dicho menor ha declarado con suficiente discernimiento.”

²⁶ Art. 16 Código Penal (1973) “*Este Código se aplicará a todas las personas sujetas al a jurisdicción salvadoreña que en el momento del hecho tuvieran más de 16 años. Quienes no hubieren cumplido la edad expresada, quedarán sujetos a la aplicación de las leyes especiales sobre menores.*”

del Código Civil, en donde la mayoría de edad para efectos civiles era de 21 años (Órgano Ejecutivo, 1992).

4. Breve reseña de las modificaciones legislativas, a partir de 1990 hasta la actualidad, en materia de protección a la niñez y adolescencia en El Salvador

Como se ha mencionado anteriormente, El Salvador, a la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, contaba con normas dispersas en los diferentes instrumentos jurídicos (Constitución, Civil, Penal, Menores, Ley General de Educación, Ley del Servicio Militar y de Reserva de la Fuerza Armada, entre otras), que si bien tenían en común, en casos particulares, la tutela de los menores de edad, lo cierto es que no había uniformidad para determinar el momento a partir del cual se contaba con una específica protección o se dejaba de tener, ni tampoco se tenía consenso al definir a partir de qué edad se les comenzaba a considerar como personas adultas; por lo tanto, se creaba un ambiente de incertidumbre debiéndose en cada supuesto en donde estuviera involucrado un menor de edad, remitirse a la ley de cada materia para establecer su situación jurídica.

El Salvador, también, al haber suscrito y ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, se obligó como Estado Parte, a armonizar todo su cuerpo normativo a fin de pasar de una situación de incertidumbre a una de protección integral del niño, niña y adolescente. Cambios que han sido paulatinos, pero en una misma dirección, que modificó la concepción del niño como objeto de tutela a una persona sujeto de derechos, y tanto es así, que se ha llegado a reconocer la capacidad -de acuerdo a su nivel de desarrollo y madurez- para ejercer esos derechos por sí mismos y no mediante el ojo vigilante de los padres.

En ese sentido, el Gobierno de El Salvador, al presentar el Informe Inicial ante el Comité de los Derechos del Niño de 1992, dijo que entre sus proyecciones legislativas estaba el proyecto del Código de Familia, la Ley Procesal de Familia, la creación de su jurisdicción especial, así como la conformación de sus tribunales y cámaras respectivas en esta materia; lo que vendría a reformar toda la influencia del Código Civil salvadoreño de 1860. Aporte fundamental, sobre todo, al regularizar lo referente a la edad, pues el Código de Familia, definió para efectos de protección y garantía de los derechos establecidos en la Constitución y la Convención, que menor de edad es “*toda persona natural que no hubiere cumplido 18 años de edad*”²⁷ (Órgano Ejecutivo S. N., 2003).

²⁷ El Art. 345 Código de Familia., ahora derogado, establecía: “*Son menores de edad toda persona natural que no hubiere cumplido dieciocho años. En caso de duda, se presumirá la minoridad mientras no se pruebe lo contrario.*”. No obstante, ha sido retomado en la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Art. 3, que regula: “*Los derechos y garantías otorgados en la presente Ley serán reconocidos a todas las personas desde el instante de la concepción hasta los dieciocho años de edad.*”

La Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña CORELESAL²⁸, al presentar, en octubre de 1990, el Anteproyecto de Código de Familia, hizo mención de los cambios gestados a nivel mundial en torno al Derecho Civil, específicamente en las regulaciones familiares; determinando que en algunos de los casos, esta nueva concepción jurídica de la familia y el reconocimiento de ésta como grupo social fundamental de la sociedad llevó a separar todo lo vinculado a las instituciones familiares del seno del Derecho Civil, pues sus principios eran radicalmente diferentes.

Cabe destacar que, en El Salvador, la entrada en vigencia del Código de Familia de (1994)²⁹ significó cambios profundos y fundamentales, así como de protección a grupos vulnerables, mujeres, niños y personas de la tercera edad.

Se pasó de considerar a la mujer como un objeto dependiente de su marido, tanto en el ámbito de las relaciones personales como de las patrimoniales, a un ser sujeto de derechos y libertades para ejercerlos. En ese contexto (de raigambre civilista) la mujer sometida al marido “*pater familias*” no podía opinar o decidir sobre circunstancias tan particulares como el nombre con el cual llamarían a los hijos, el lugar de residencia o asentamiento del núcleo familiar, la religión de los niños, su educación, su representación legal, ni tampoco la mujer tenía el derecho a disponer libremente de sus bienes, aun y cuando, era producto del trabajo realizado fuera del hogar familiar.

En necesario decir, que no obstante que la Constitución de la República desde 1983 reconoce que la familia descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges, y que las relación patrimoniales y personales de los cónyuges entre sí y de éstos con sus hijos serán reguladas sobre bases equitativas³⁰, no fue sino hasta la entrada en vigencia del Código de Familia salvadoreño de 1994 que finalmente se le permitió a la mujer ejercer sus derechos familiares.

Sobre los niños, muchas circunstancias variaron, desde la perspectiva del Derecho de Familia se reconoció la igualdad de derechos de los hijos frente a los padres, no importando la naturaleza de su filiación, distinción que si se hacía en el Código Civil de 1860; con la referida calificación se protegía intereses patrimoniales,

²⁸ La Comisión Revisora de la Legislación Salvadoreña, tenía como objetivo, mediante reformas a las leyes civiles, penales y aspectos orgánico-administrativos, hacer efectiva la justicia en El Salvador. Su función era estudiar y analizar el sistema de administración de justicia, y luego elaborar proyectos de leyes y reglamentos a fin de armonizar la ley secundaria a la Constitución de la República de 1983. Su base legal fue el Decreto Legislativo N° 39, de fecha 13 de junio de 1985, publicado en el Diario Oficial N° 131. Tomo 288, del doce de julio de 1985 y entró en vigencia el día 12 de julio de ese mismo año.

²⁹ EL Código de Familia entró en vigencia el uno de octubre de 1994. (Art. 404 Código de Familia). Decreto Legislativo N° 677 del 11 de octubre de 1993, y publicado en el D.O. N° 231, Tomo 321 del 13 de diciembre de 1993.

³⁰ Art. 32, Inc. 2° Constitución de la República: “*El fundamento legal de la familia es el matrimonio y descansa en la igualdad jurídica de los cónyuges.*” Art. 33 Constitución de la República: “*La ley regulará las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges entre sí y entre ellos y sus hijos, estableciendo los derechos y deberes recíprocos sobre bases equitativas;...*”

pues su función era determinar la descendencia llamada a heredar los bienes del “*pater familias*”. Dentro de esta clasificación se podían encontrar los siguientes epítetos: niños adulterinos, naturales o adoptivos, incestuosos, bastardos, sacrílegos y demás términos peyorativos³¹; dato que también debía ser incorporado en el registro del asiento de nacimiento que llevaban los Registros Civiles -ahora Registros del Estado Familiar- de las Alcaldías Municipales.

En este punto también cabe aclarar, que la Constitución de la República de 1983, ya regulaba sobre la igualdad de derechos de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, frente a sus padres y los adoptivos; así como el reconocimiento del deber de los padres a dar protección, asistencia, educación y seguridad a éstos. También prohibía que se consignara en las actas del Registro Civil, ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni que se consignara en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. Reconocía el derecho de toda persona a tener un nombre que la identifique, y el derecho a investigar y establecer la paternidad³².

Para comprender de mejor manera esta desarmonización de la ley frente a los preceptos constitucionales, diremos que el Estado salvadoreño (como la mayoría de Estados), previo a estas reformas, era eminentemente de corriente civilista de aquí que en la cultura jurídica nacional se concebía a la Constitución como un mero estatuto programático desconociéndose su efectivo valor normativo directo, sino a través de la ley; su importancia era secundaria frente a la ley civil. Esta podría ser la razón por la cual transcurrió mucho tiempo hasta armonizar el contenido de las leyes secundarias con la Constitución de la República. [Ya se ha dicho que la Constitución de 1983, si reconocía a la familia como la base fundamental de la sociedad y como objeto de protección del Estado; reconocía la igualdad jurídica entre los cónyuges y ordenaba la regulación sobre las relaciones personales y patrimoniales entre sus miembros], pero no fue sino hasta converger diferentes corrientes, entre ellas la moderna concepción de un Estado constitucionalista, que abrió las puertas para, al fin, armonizar, derogar, y crear leyes acordes a la Norma Suprema salvadoreña.

El Código de Familia (1994), en el Libro Quinto, desarrolló todo un apartado relativo a los adultos mayores y a “los menores” (término que fue modificado con la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia 2009). Refiriéndonos únicamente a los segundos, diremos que se instituyó un primigenio sistema de protección y asistencia, mucho más estructurado,

³¹ Art. 36 Código Civil. (1860): “*Los hijos ilegítimos son o naturales o espurios.*” Art. 37. Código Civil. (1860): “*Son hijos naturales los que al tiempo de su concepción podían sus padres casarse con sus madres sin dispensa, con tal que el padre los reconozca por instrumento público o acto testamentario. Se llaman espurios los de dañado ayuntamiento y los bastardos. Son de dañado ayuntamiento los adulterinos, incestuosos y sacrílegos.*”

³² Art. 36 Constitución de la República.: “*Los hijos nacidos dentro o fuera de matrimonio y los adoptivos, tienen iguales derechos frente a sus padres. Es obligación de éstos dar a sus hijos protección, asistencia, educación y seguridad. No se consignará en las actas del Registro Civil ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. Toda persona tiene derecho a tener un nombre que la identifique. La ley secundaria regulará esta materia. La ley determinará asimismo las formas de investigar y establecer la paternidad.*”

que se había venido trabajando en los años previos a la ratificación de la Convención Sobre los Derechos del Niño, y frente a una sociedad más sensibilizada con el tema de niñez.

Sin embargo, no será sino hasta la entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (2009), que se alcanza un nivel óptimo de garantías fundamentales, el reconocimiento de los niños ya no como objetos sino como sujetos de derechos; se crean los mecanismos para que, de acuerdo al desarrollo progresivo de sus facultades, puedan ejercerlos por sí mismos. Se desarrolla con mayor amplitud el concepto de protección integral de la niñez, y la intervención ya no sólo estatal o sólo familiar, sino la obligación de actuar conjuntamente, en virtud del principio de corresponsabilidad (familia-Estado-sociedad)³³.

No obstante, se ha dicho que el Código de Familia fue un instrumento normativo de avanzada a la época de su creación y entrada en vigencia en El Salvador, así como de protección para la niñez, se siguió contemplando la idea del matrimonio de menores de edad en aquellos casos en los que siendo el varón de 14 años y la mujer de 12, tuvieren un hijo en común, o si la mujer estuviere embarazada³⁴.

En relación al ejercicio de la autoridad parental de padres menores de edad, el Código de Familia, reguló que el padre y la madre en esa condición, ejercerán la autoridad parental del hijo; no así la administración de sus bienes o la representación en actos y contratos, sino que será ejercida de forma limitada, pues tendrá que ser de consuno con aquellos que tengan la autoridad parental de éstos³⁵.

Esta circunstancia del matrimonio entre personas menores de edad o cuando la mujer estuviere embarazada, varió radicalmente a través de una reforma legislativa al Código de Familia (2017), la cual derogó de manera definitiva el matrimonio de personas en esas circunstancias³⁶. Se hizo referencia dentro de los considerandos del Decreto Legislativo N° 754, que el objetivo de modificar esta figura era romper con una práctica en donde la niña embarazada, que en mucho de los casos había sido víctima de violación o estupro, contrajera matrimonio con su agresor sexual, lo que provocaba que mediante la misma norma se siguiera vulnerando los derechos de las niñas.

³³ Sobre los principales contenidos de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se desarrollarán en el romano IV, del presente artículo.

³⁴ Art. 14 Inc. Final Código de Familia: *“No obstante lo dispuesto en el ordinal primero de éste artículo, los menores de dieciocho años podrán casarse si siendo púberes, tuvieren ya un hijo en común, o si la mujer estuviere embarazada.”* Art. 92 Código de Familia: *“El matrimonio nulo por causa de minoridad, se revalida por el transcurso del tiempo que hiciere falta para que los contrayentes alcancen la edad requerida por la ley para celebrarlo, si siendo púberes hubieren hecho vida en común durante dicho lapso, o si hubiere concebido la mujer.”*

³⁵ Art. 210 Código de Familia: *“El padre y la madre menores de edad, ejercerán la autoridad parental sobre sus hijos, pero la administración de los bienes y la representación en actos y contratos relacionados con los mismos, será asumida por los que tuvieren la autoridad parental o tutela de los padres, quienes la ejercerán conjuntamente.”*

³⁶ D.L.N° 754, de fecha 17 de agosto de 2017, y publicado en el D.O. N° 164, Tomo N° 416, de fecha 5 de septiembre de 2017.

Otras de las proyecciones legislativas que el Estado presentó ante el Comité de los Derechos del Niño en 1992 fueron los proyectos de ley en relación a la Protección Reforzada al Menor Infractor; a la creación del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor; y reformas al Código Penal, Procesal Penal y Código de Menores en materia de protección al niño. (Órgano Ejecutivo, 1992).

Sobre las reformas al Código Penal y Procesal Penal, diremos que las modificaciones se han realizado de forma paulatina, en la primera de estas reformas, se consideró necesario adecuar e incorporar figuras jurídicas de protección que garanticen el respeto de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, agravando conductas antijurídicas cuando la víctima sea menor de edad, así como facilitar las condiciones cuando deban intervenir en procesos penales en calidad de víctimas o testigos. Es así que en el primero de los instrumentos (Código Penal), se incorporaron las conductas reprochables como, por ejemplo, los delitos contra la Asistencia Familiar, en donde se tipifican: Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Económica; Abuso del Derecho de Corrección; Separación Indebida de Hijos Menores, Sustracción del Cuidado Personal; Determinación al Abandono del Hogar³⁷.

A la fecha, y como resultados de las posteriores reformas al Código Penal salvadoreño, en el actual cuerpo normativo (1997), en el Título VII, de los Delitos relativos a las Relaciones Familiares, en el Capítulo III, se tipifican aquellas conductas que atentan contra los Derechos y Deberes Familiares, entre los que se mencionan: Abandono y Desamparo de Persona; Violencia Intrafamiliar, Incumplimiento de los Deberes de Asistencia Económica, Separación Indebida de Menor o Incapaz, Inducción al Abandono, Maltrato Infantil y Explotación de la Mendicidad³⁸. Para el año 2015, se reformó el Código Penal, a fin de incrementar las penas a personas morosas de cuotas alimenticias y a quienes desobedezcan medidas cautelares de protección por violencia intrafamiliar, siendo sancionados de uno a tres años de prisión o su equivalente en trabajo de utilidad pública³⁹.

Como se ha mencionado con anterioridad, también se agravaron las penas respecto de las conductas delictivas en los delitos contra la Libertad Sexual en menores de edad, delitos Contra la Humanidad, específicamente en el de Trata de Personas⁴⁰.

En relación al Código Procesal Penal, la reforma pretendida facultaba a los organismos públicos y privados, relacionados con la protección del menor, para dar aviso a fin de que los hechos fueran investigados, extendiéndose dicha facultad a los padres o representantes legales y también a las instituciones de menores.

También se incorporaron medidas de protección dentro del procedimiento penal, como por ejemplo cuando un niño, niña o adolescente ha sido víctima de delito, estableciéndose que en las decisiones que se tomen se tenga en cuenta su

³⁷ Arts. 277, 278, 279, 280, 280-A Código Penal (1973).

³⁸ Arts. 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205 Código Penal (1997, vigente)

³⁹ Art. 201 Código Penal vigente.

⁴⁰ Arts. 162 N° 3, 367-C Código Penal vigente.

interés superior, que se reconozca su vulnerabilidad durante el proceso, recibir asistencia y apoyo especializado, a que se proteja debidamente su intimidad y a que se le designe un procurador a efectos de asegurar la debida asistencia y apoyo durante el procedimiento, entre otras garantías. Por otra parte, en relación al interrogatorio de personas menores de edad, se fijaron límites, habilitando el interrogatorio mediante preguntas claras y sencillas, resguardando en todo momento la integridad física y moral de la persona menor de edad y, en caso de ser necesario, se prevé la utilización de medios electrónicos o de teletransmisión “Cámara Gesell” para salvaguardar su integridad⁴¹.

Por su parte, el Código de Menores, como Régimen Especial cuando los menores entran en conflicto con la Ley Penal, también fue objeto de transformación, pasó a convertirse en la Ley del Menor Infractor (1994), y posteriormente su nombre fue modificado⁴² a Ley Penal Juvenil (2004)⁴³; el objeto de la referida norma es dar cumplimiento a los principios regulados en la Constitución de la República y Legislación Internacional, respecto a aquellos que han infringido la Ley Penal. Se reconoció la importancia ineludible de respetar todos los derechos fundamentales a los adolescentes cuando sean sometidos al Régimen Jurídico Especial por ejecutar conductas antisociales que constituyan delitos. Asimismo, fue creada la Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor sometido a la Ley Penal Juvenil (1995), la cual tiene por objeto regular los procedimientos de actuación del Juez de Ejecución de Medidas al Menor, así como los recursos que pueden interponerse contra sus resoluciones.

Como se ha venido desarrollando a lo largo de estas líneas, el país ha ido trabajando, cada vez más, en adecuar los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño a la normativa interna; desde la entrega del Segundo y Tercer Informe ante el Comité sobre los Derechos del Niño⁴⁴, El Salvador manifestó que las condiciones legislativas poco habían variado desde los cambios que se gestaron en diversas materias en los años 90, no obstante, esta circunstancia varió a partir del año 2010, y así fue señalado en el último Informe que el Estado salvadoreño presentó ante el Comité sobre los Derechos del Niño en el año 2018 (el cual debió remitirse en el año 2016).

En él se ha mencionado, que desde el año 2010, El Salvador entró en un proceso significativo, una nueva etapa de adecuaciones legislativas a la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que ha sido acompañado de políticas públicas en

⁴¹ Arts. 106 N° 10, 213 Código Penal

⁴² D.L. N° 395, de fecha 30 de julio del 2004. En donde se modificó la denominación de Ley del Menor Infractor a Ley Penal Juvenil.

⁴³ Como principios rectores de la Ley Penal Juvenil, está la protección integral del menor, su interés superior, el respeto a sus derechos humanos, su formación integral y la reinserción en su familia y en la sociedad. Art. 3.

⁴⁴ El Segundo Informe presentado por el Gobierno de El Salvador, ante el Comité Sobre los Derechos del Niño, fue con fecha 22 de octubre de 2003 (el cual se debió presentar en el año 1997). El Tercer Informe presentado por el Gobierno de El Salvador, ante el Comité de los Derechos del Niño, fue con fecha 23 de julio de 2009 (el cual se debió presentar en el año 2007). Ambos disponibles en: <https://www.ohchr.org/SP/Pages/Home.aspx>

materia de niñez, y a la vez de cambios institucionales (Órgano Ejecutivo , 2018).

Los nuevos cuerpos normativos en El Salvador, según (Órgano Ejecutivo, 2018) que entraron en vigencia, a partir del 2010, tiempo del cual se ha dicho ha representado una etapa significativa de transformación legal, mencionamos los siguientes:

| Año 2011 | | |
|---|--|--|
| Nombre de la Ley | Objetivo | Fecha |
| Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres. | La cual busca crear las bases jurídicas explícitas que orientaran el diseño de las políticas públicas, proyectando garantizar la igualdad real y efectiva de hombres y mujeres, sin ningún tipo de discriminación. | Publicada en el D.O. n° 70, Tomo n° 391, de fecha 8 de abril de 2011. |
| Ley de Acceso a la Información Pública. | Contribuir con la transparencia de las actuaciones de las instituciones del Estado; por lo tanto pretende garantizar a toda persona el acceso a la información pública. | Publicada en el D.O. n° 70, Tomo n° 391, de fecha 8 de abril de 2011. |
| Ley Especial para la Protección y Desarrollo de la Persona Migrante Salvadoreña y su Familia. | En ella se desarrollan los principios constitucionales rectores garantes de los derechos de la persona migrante salvadoreña y de su familia. La Dirección General de Migración y Extranjería, registró 15,450 niñas, niños y adolescentes retornados por vía terrestre y área entre 2009-2015 (Órgano Ejecutivo 2018). | Publicada en el D.O. n° 74, Tomo n° 391, de fecha 14 de abril de 2011. |

Año 2012

| Nombre de la Ley | Objetivo | Fecha |
|--|---|--|
| Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres. | Por medio de ella se pretende garantizar a la mujer una vida libre de violencia a través de políticas públicas preventivas y sancionatorias. | Publicada en el D.O. n° 2. Tomo n° 390, de fecha 4 de enero de 2011. |
| Ley de Medicamentos. | Pretende controlar y propiciar un mejor precio en medicamentos y productos cosméticos a la población, y a su vez garantizar el acceso, calidad y disponibilidad de los mismos, sobre todo a la población de niños, niñas y adolescentes. | Publicada en el D.O. n°43, Tomo n° 394, de fecha 2 de marzo de 2012. |
| Ley General de Juventud. | Fija el marco jurídico que dirija las acciones del Estado, en la implementación de políticas públicas, programas, estrategias, y planes para el desarrollo integral de la población joven y también procura la participación activa de éstos en la vida nacional. | Publicada en el D.O. n°24, Tomo n° 394, de fecha 6 de febrero 2012. |

Año 2013

| Nombre de la Ley | Objetivo | Fecha |
|--|---|--|
| Ley de Promoción, Protección y Apoyo a la Lactancia Materna. | Pretende establecer las medidas necesarias para promover, proteger, y mantener la lactancia materna, así como la comercialización de sucedáneos de leche materna. Sobre este punto, cabe hacer mención que, íntimamente vinculado a la protección y apoyo a la lactancia materna, se encuentra el tiempo efectivo en el que -para el caso de las mujeres trabajadoras- tengan para permanecer con su hijo recién nacido. En ese sentido en el año 2015, por Decreto Legislativo ¹ , se reformó el Código de Trabajo, estableciéndose que la licencia por maternidad (que antes era doce semanas), se incrementaría a dieciséis semanas, con la finalidad de fortalecer el vínculo entre madre e hijo. De igual forma el artículo 9 del Código de Trabajo se reformó en 2013, autorizando a los padres por nacimiento o por adopción gozar de 3 días de licencia. | Publicada en el D.O. n° 145, Tomo n° 400, de fecha 12 de agosto de 2013. |

Año 2014

| Nombre de la Ley | Objetivo | Fecha |
|---|---|---|
| Ley de Desarrollo y Protección Social. | Con ella su busca promover, proteger y garantizar el cumplimiento de los derechos de las personas mediante el desarrollo humano, protección e inclusión social, incluida la población de NNA. | Publicada en el D.O. n° 68, Tomo n° 403, de fecha 9 de abril de 2014. |
| Ley Especial para la Regulación y Control de las Actividades Relativas a la Pirotecnia. | Sus disposiciones regulan y controlan las actividades relacionadas con la importación, almacenaje y transporte de productos pirotécnicos y sustancias a fines. Es importante destacar que esta ley representa un avance positivo en la protección integral de la niñez y adolescencia en el país, ya que desde el 2010, diferentes entidades nacionales debatían ampliamente sobre el problema de salud pública generado por el alto número de niñas y niños, lesionados con quemaduras, lesiones oculares y amputaciones de dedo y manos -sobre todo en épocas festivas por el frecuente uso y manipulación de pólvora-, aunado a una falta de sensibilización y regulación sobre el tema, según lo señala artículo digital <i>"El Salvador con Ley especial que regula la pirotecnia y previene lesiones en niños y niñas"</i> (Organización Panamericana de la Salud, s/a) | Publicada en el D.O. n° 198, Tomo n° 405, de fecha 24 de octubre de 2014. |

| | | |
|---|--|--|
| <p>Ley Especial Contra la Trata de Personas.</p> | <p>Al decretar esta ley El Salvador reconoció el flagelo que representa el delito de Trata, en la vida de las personas que la sufren; sobre todo en niñas, niños y adolescentes; considerándolo como la esclavitud del siglo XXI, y la fuente más grave de violaciones a los Derechos Humanos –que cosifica al ser humano, lo destruye, rompe la esencia misma de la persona, de su libertad e integridad. Por tanto, la ley tiene como objetivo la detección, prevención, persecución y sanción del delito de Trata de Personas; y a su vez se enfoca en la atención, protección y restitución integral de los derechos de las víctimas, procurando los mecanismos que posibiliten ese propósito.</p> | <p>Publicada en el D.O. n° 213, Tomo n° 405, de fecha 14 de noviembre de 2014.</p> |
| <p>Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño Relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, de la Organización de las Naciones Unidas.</p> | <p>La que permite la presentación ante el Comité sobre los Derechos del Niño (CRC), denuncia o comunicaciones, presentadas por, o a nombre de, personas o grupos de personas sujetas a la jurisdicción de El Salvador -por ser Estado Parte- quienes se consideren víctimas de una violación por parte del Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en CDN y sus dos protocolos facultativos¹.</p> <p>¹Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la venta, prostitución y pornografía infantil, 2000. 2. Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relacionado a la participación de niños en los conflictos armados, 2000.</p> | <p>Publicada en el D.O. n° 230, Tomo n° 405, de fecha 9 de diciembre de 2014.</p> |

Año 2016

| Nombre de la Ley | Objetivo |
|-----------------------------|---|
| Ley Especial de Adopciones. | <p>En ella el Estado salvadoreño, buscó regular las competencias y adecuar los principios y procesos a la normativa internacional. Sin embargo, su entrada en vigencia se dio -de manera irregular- el día 24 de abril de 2017. El Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, por sus siglas CONNA, como ente vigilante en temas de adopciones -nacionales e internacionales-, identificó para el año 2018, dificultades en las etapas administrativa y judicial del referido proceso y conoció de 26 casos de adopción en los que en su mayoría la queja era el retraso en su tramitación. Circunstancia que se mantiene a la fecha (septiembre 2019), siendo uno de los principales obstáculos la falta de presupuesto para que la Oficina Para las Adopciones (OPA³), dependencia de la Procuraduría General de la República, realice sus funciones (Órgano Ejecutivo , 2018).</p> <p>² Oficina Para las Adopciones: encargada de realizar el proceso de selección y calificación de las familias interesadas en adoptar, según los requisitos de ley.</p> |

5. Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia “LEPINA”

✓ Uno de los resultados más relevantes en El Salvador luego de la Convención sobre los Derechos del Niño, fue la discusión, aprobación y puesta en marcha de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, y este apartado se dedica exclusivamente al estudio de la misma.

✓ El Comité de los Derechos del Niño es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. De cara a ello el Gobierno de El Salvador, al presentar el Informe Inicial ante el Comité de los Derechos del Niño en el año 1992, “*entre sus proyecciones sobre adecuación legislativa*”⁴⁵ se mencionó una serie de iniciativas de carácter legislativo orientadas a adecuar la normativa al Derecho Internacional y a la Convención de los Derechos del Niño. Es así que se inició con las primeras ideas de la formación de una normativa específica de niñez y adolescencia para El Salvador.

El Salvador optó por elaborar una “Ley Especial” que protegiera los derechos de la niñez y adolescencia, asumiendo el reto de crear una diversidad de instituciones, ya que según el informe alternativo del Comité de América Latina y El Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (2019)⁴⁶, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia, con sus siglas ISNA⁴⁷, es el referente gubernamental que vela por el cumplimiento de los derechos de la Niñez y Adolescencia, una de sus competencias es difundir y promover el conocimiento de los derechos y deberes de la niñas, niños y adolescente, así como de los informes del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas⁴⁸. Una de las obligaciones que establece el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es la utilización “*hasta el máximo de los recursos de que dispongan (los Estados Partes), con el fin de adoptar medidas administrativas, legislativas y de otra índole que coadyuve a cumplir con los preceptos de la Convención*”.

Todo ese proceso fue un reto para El Salvador, en vista que tenía que luchar con dos principales paradigmas que por décadas habían estado marcados en el país, estas son: la Doctrina de la Situación Irregular y la Doctrina de la Situación Regular de la Niñez y la Adolescencia.

⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño, Informes Iniciales que los Estados Partes, Proyecciones sobre adecuación legislativa 199, pag. 15

⁴⁶ Comité de América Latina y El Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), es una red regional que contribuye desde una perspectiva feminista a la construcción y fortalecimiento de democracias radicales con justicia social, libres de discriminación con ejercicio pleno de los derechos humanos, dando seguimiento a los Estados Partes en el cumplimiento de observaciones dadas por diferentes comités.

⁴⁷ En ese año siendo el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia ISNA ente rector, ya que a partir de la vigencia de Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, este pasó a un segundo plano y creó como ente rector al Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONNA)

⁴⁸ Artículo 180, lit. “c” Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

El Instituto Interamericano del Niño, en 1974, precisa una definición de Situación Irregular, 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, considerados “objetos de derechos”; agregando que se encuentran también en Situación Irregular los menores que no reciben tratamiento, educación, etc. Dentro de esta doctrina se categorizaba a los niños con la palabra “menores” que no tenían “facultades progresivas” “ni facultad de opinar ni decidir” hasta cumplir con la mayoría de edad.

✓ Buaiz Valera⁴⁹ (2013) señala que bajo la Situación Irregular, sin duda que serán declarados en estado de abandono, sometidos a 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 padres, de los servicios sociales básicos en libertad. Dentro de esta doctrina cuando el niño o niña se encuentra fuera del medio escolar, responde institucionalizándoles en Centros que se encargaran de “brindarles” la educación que no tienen, ya por encontrarse en situación de supervivencia o en la calle, por factores económicos, culturales o familiares. En estas instituciones se les sustrae de la vida en sociedad, sin que puedan recibir la educación del resto de los 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.

Según la Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Poder Judicial, Escuela Judicial y Voluntarios de Naciones Unidas (González Oviedo y Vargas Ulate, 2001),- al contrario de la Doctrina de Situación Irregular-, la Doctrina de Situación Regular de la Niñez y la Adolescencia salvadoreña entiende plenamente los cambios paradigmáticos en el orden legislativo, institucional y social que expresa la nueva corriente de protección integral de las Naciones Unidas, la que resultará de un ejercicio mediante el estudio de las raíces históricas más recientes que dieron surgimiento al tratamiento diferenciado de la niñez y adolescencia.

Dentro de esta doctrina ya no eran considerados con la palabra peyorativa como “menores” sino como niños, niñas y adolescentes, se conformó claramente la definición de niña, niño y adolescente cuando el artículo 3 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de El Salvador establece: “*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*

⁴⁹ Dr. Yuri Buaiz Valera es Consultor Internacional venezolano. Especialista en Niñez y Adolescencia. Asesor en Derechos y Políticas Públicas, profesional del área de Derechos Humanos, asesor de importantes asociaciones civiles de defensa de Derechos Humanos como el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y Consultant Child Protection UNICEF. Especialista en Ciencias Penales y criminológicas.

desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años de edad.”; especificándose también en el artículo 5 de la citada ley, que se reconoce a todas las niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derechos.

Según Buai Valera (2013), para la protección integral de Derechos Humanos de la niñez y la adolescencia, en el marco del Derecho Internacional y la vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de El Salvador, sin duda que la exclusión del medio familiar constituye una seria violación de derechos fundamentales, en el que las causas sociales estructurales e intermedias, ya en la familia misma, ya en las deficiencias de políticas públicas o prestaciones 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 responsables del conflicto social que violenta o amenaza el derecho o derechos.

Para Buai Valera (2013), 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 cumplir el mismo a niñas, niños y adolescentes; como lo preceptúa la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 28 y 29, y la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, en sus artículos 81 y 89; por lo que la respuesta judicial administrativa, es la de juzgar las causas que originan el conflicto social de exclusión escolar, determinando las responsabilidades que correspondan, ordenando restituir el derecho violentado.

En el paradigma de Protección Integral y en los instrumentos que lo conforman, se encuentran definidos los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, lo que permite aproximarnos con claridad al proyecto social de protección que propone y reconoce como obligatorio para todos los Estados que han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. En ese sentido dentro de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se destacan cuatro grupos de derechos en favor de la niñez y adolescencia:

- *Derechos de Supervivencia*
- *Derechos al Desarrollo*
- *Derechos de Participación*
- *Derechos a la Protección*

✓ De cara a lo anterior y en el marco de los Derechos Humanos sobre los que se asienta el fundamento de un sistema de igualdad y justicia social para las personas, permite la construcción de una definición de Protección Integral a las niñas, niños y adolescentes, que se fundamente en los siguientes principios:

✓ *Principio del Rol Primario y Fundamental de la Familia:* Según artículo 32 de la Constitución de la República de El Salvador, “La familia es la base fundamental de la sociedad, y tendrá la protección del Estado”. Por ende, este principio reconoce el rol fundamental de la familia, como medio natural para garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia y su papel primario preponderante en la educación

y formación de los mismos de conformidad a lo desarrollado en el artículo 9 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

✓ *Principio de Ejercicio Progresivo de las Facultades:* La Convención sobre los Derechos del Niño introduce, por primera vez en un tratado internacional en materia de Derechos Humanos, el concepto de “evolución de las facultades” del niño. El artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del niño, enmarca que los Estados partes respetaran las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, en consonancia con la evolución de sus facultades.

Es en vista a ello que el artículo 10 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece que los derechos y garantías reconocidos a las niñas niños y adolescentes serán ejercidos por estos de manera progresiva tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de sus padres o de quien ejerza la representación legal.

✓ *Principio de Igualdad, no Discriminación y Equidad:* En artículo 3 de la Constitución de la República salvadoreña, expresa: “Todos somos iguales ante la ley”, por tanto, este principio expresa que todas las niñas, niños y adolescentes son iguales ante la ley, en ese sentido no podrá justificarse ninguna distinción, exclusión, restricción, o preferencia basadas en criterios como sexo, raza, color, edad, idioma, religión, culto, opinión, filiación, origen nacional étnico o social, posición económica, necesidades especiales, discapacidad física o mental.”⁵⁰ El Considerando III de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, establece: “Que conforme a la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la República de El Salvador el 27 de abril de 1990, los Estados partes respetarán los derechos enunciados en ella, y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, religión, la opinión, política o de otra índole, el origen físico, el nacimiento, o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales, comprometiéndose a asegurar al niño, la protección o cuidado que sean necesarios, para su bienestar teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores, u otras personas responsables de él ante la Ley, tomando para ese fin, todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas”.

✓ *Principio del Interés Superior de la Niña, Niño y Adolescente:* El artículo 3 numeral uno de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: “*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 es el Interés Superior del Niño*” Con base a ello se estableció la disposición legal dentro de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, expresando que “*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*

⁵⁰Art. 11 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

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, del 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 de conformidad a lo señalado en el artículo 12 de la citada Ley.

✓ *Principio de Corresponsabilidad:* El artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño establece este principio general expresando: “*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 y otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con sus facultades, dirección y orientación apropiada para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*”. 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 o 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, según lo regula el artículo 13 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

✓ *Principio de Prioridad Absoluta:* por este principio se entiende que el Estado debe adoptar medidas hasta el máximo de los recursos, para apegarse a la protección integral y de ser necesario recurrir a la cooperación internacional⁵¹. Para Buaiç Valera (2013) Los derechos de niños y adolescentes deben ser atendidos con **prioridad absoluta**; no es únicamente que se les de preferencias en la formulación de políticas públicas, sino también prioridad en el destino de los recursos públicos, preferencia en atención y socorro en cualquier circunstancia y de protección frente a situaciones de violación o limitación de derechos, y que también se castigue y sancionen preferentemente estas violaciones. El artículo 14 de La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, expresa que el Estado debe garantizar de forma prioritaria todos los derechos de la niñez y la adolescencia mediante la consideración de las políticas públicas, la asignación de recursos, el acceso a servicios públicos, la prestación de auxilio y atención en situaciones de vulnerabilidad y en cualquier otro tipo de atención que requieran, de manera primordial⁵².

Siguiendo en la misma línea, en consideración a los principios planteados, para la creación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, el país tuvo que superar diversos valladares, dentro de los más importantes mencionaremos:

⁵¹ Art. 4 Convención Sobre los Derechos del Niño” En lo que respecta a los Derechos Económicos, sociales y Culturales, los Estados partes adoptaran esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario dentro del marco de la Cooperación Internacional”

⁵² Art. 14 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

5.1. Vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia:

Una de las principales polémicas que se dieron en torno a la entrada en vigencia de la citada ley, a un año de su publicación en Diario Oficial, fue la formación y preparación de las instancias e instituciones que dicha normativa involucraba; es decir que la ley entró en vigencia sin estar preparado el país para afrontar dicha normativa relativa a la niñez y la adolescencia.⁵³ La entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia marca un estandarte dentro de la jurisdicción salvadoreña; abre el camino para la consolidación de un régimen de protección integral de la niñez; primero entra en vigencia el LIBRO I y luego, al año siguiente, el LIBRO II, tal cual se expresa en el artículo 260 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia: *“El presente decreto entrará en vigencia un año después de su publicación en el Diario Oficial”*⁵⁴. La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, era el instrumento idóneo que se encargaría de velar por la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes salvadoreños. A partir de acá arrancan una serie de movimientos sociales, políticos y jurídicos en relación a la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, todos los órganos gubernamentales empezaron a capacitarse para dar un veraz cumplimiento a lo plasmado en dicha normativa.

5.2. Ente Rector:

Cabe destacar dentro de este apartado, que el ente rector de la Niñez y la Adolescencias antes era Instituto Salvadoreño de Protección al Menor⁵⁵ con el proceso de transición de la Doctrina Irregular a la Integral, y creación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, el ente rector hoy en día es el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia conocido por sus siglas como CONNA.

El Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia es una institución con personalidad jurídica de derecho público, patrimonio propio y autonomía en lo

⁵³ Art. 260 Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia *“El presente Decreto entrará en vigencia un año después de su publicación en el Diario Oficial.”*

⁵⁴La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia fue aprobada por la Asamblea Legislativa el 26 de marzo del 2009, siendo sancionada por el Presidente de la República el 15 de abril del mismo año. Sin embargo, entró en vigencia de forma parcial el 16 de abril de 2010 y en forma total el 1 de enero de 2011.

⁵⁵ El Instituto Salvadoreño para El Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), nace con el Decreto Legislativo No 983, publicado en el Diario Oficial 189, tomo No 357 de fecha 10 de octubre de 2002. Como se establece en el considerando III, se cambio nombre, su anterior denominación (Instituto Salvadoreño de Protección al Menor) ya no estaba acorde a la Política Nacional para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, que realmente ejecutaba, ni enmarcaba todas las funciones a él encomendadas.

técnico, financiero y administrativo, la cual se relaciona y coordina con los demás Órganos del Estado por medio del Ministerio de Educación⁵⁶.

Una de las funciones primordiales del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia son el diseño, aprobación y vigilancia de la Política Nacional de Protección la Niñez y la Adolescencia, la coordinación del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia y la defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes⁵⁷.

5.3. Comités Locales de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia:

Los artículos 153 y 154 de la Ley en estudio, establece que los Comités Locales son organismos administrativos municipales, cuyas funciones primordiales son desarrollar políticas y planes locales en materia de derechos de niñez y la adolescencia, así como velar por la garantía de los derechos colectivos de todos las niñas, niños y adolescentes. En todos los municipios se deberán formar comités locales de conformidad con los reglamentos, acuerdos y demás instrumentos jurídicos correspondientes

Ante ello cabe mencionar, que El Salvador tiene 262 municipios, hoy en día solamente se han creado 140 Comités Locales. Cada Comité está integrado por un Concejal propietario y un suplente seleccionado por el Concejo Municipal, un representante propietario y un suplente de los Ministerios de Salud y de Educación de la localidad, al más alto nivel y tres representantes propietarios y tres suplentes de la comunidad.

5.4 Juntas de Protección de la Niñez y de la Adolescencia⁵⁸:

Estas son dependencias administrativas del Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, con autonomía técnica y se encuentran en todo el país para defender los derechos de cada una de las niñas, niños y adolescentes. Ante la amenaza o violación a derechos de niñas, niños o adolescentes, la Junta de Protección más cercana actúa rápidamente para proteger los derechos, por medio de medidas administrativas de protección y el dictado de sanciones. Estas Juntas son para todas las niñas, niños y adolescentes en igualdad de condiciones sin importar su sexo, raza, color, edad, idioma, religión, culto, opinión, origen nacional,

⁵⁶ Art. 134 inc. 1° de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

⁵⁷ Art. 134, inciso último, Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

⁵⁸ Las Juntas de Protección recibirán las denuncias sobre violaciones y amenazas de los intereses colectivos y difusos de las niñas, niños y adolescentes, debiendo comunicar inmediatamente al comité local de la información recabada, para que proceda conforme lo dispone la presente Ley. Art. 161 Inciso último Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia

social, etc. Las Juntas de Protección se encuentran en todo el país, en las catorce cabeceras departamentales. Cabe aclarar, que en el Departamento de San Salvador actualmente hay tres Juntas de Protección, dos en San Salvador y una en Mejicanos (Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, 2016).

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, afirma la naturaleza pública de las decisiones y acciones que competen a las autoridades del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, y propone entre sus objetivos fundamentales el favorecer un cambio cultural que promueva la responsabilidad familiar y social con la protección de los derechos de la niñez; el desarrollo de una cultura de respeto a los derechos humanos y la adecuación y transformación institucional del Estado, con la finalidad de garantizar su efectividad en el cumplimiento de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia. Es así que uno de los principales mecanismos para orientar dicha transformación institucional, es la Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia. Lo cual implica que el Estado salvadoreño asume la responsabilidad de asegurar el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, instituyéndolos en objetivos, metas sociales y planes de acción en los que se requiere la participación corresponsable de la familia y la sociedad, según Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (2013).

El artículo 109 Ley de Protección integral de la Niñez y la Adolescencia, establece que: *“La Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia... es el conjunto sistemático de objetivos y directrices de naturaleza pública cuya finalidad es garantizar el pleno goce de los derechos de las niñas niños y adolescentes... Se implementará a través de la formulación, ejecución, evaluación y seguimiento de programas, planes, proyectos y estrategias”*. El objetivo principal de esta política es *“garantizar a las niñas, niños y adolescentes en El Salvador el cumplimiento de todos sus derechos, con la activa participación y actuación corresponsable del Estado, la familia y la sociedad”*.

6. Casos emblemáticos sobre la violación de derechos de niñas y niños en El Salvador

A continuación, se presentan tres casos, del pasado reciente, en donde se ha visto una clara vulneración de derechos a la niñez en El Salvador, lo que lleva a reflexionar, si a pesar de contar con la estructura normativa -tal y como se ha presentado en párrafos anteriores-, los esfuerzos provenientes del Estado, en corresponsabilidad con la familia y sociedad, son suficientes para garantizar los derechos de la niñez y de la adolescencia en el país.

a. Niña de 10 años muere de un tumor que el médico diagnosticó como embarazo

En el año 2012, en El Salvador, un caso cuya protagonista fue una niña de 10 años, captó la atención de diversos medios de comunicación, tal como lo señala el artículo digital Rodríguez (2012) *“Muere niña de 10 años de un tumor que el médico diagnosticó como embarazo”*: el cual hace relación a una niña de 10 años que falleció por un tumor en el abdomen, luego que el médico diagnosticara erróneamente que la pequeña estaba embarazada. Según la citada nota periodística, la pequeña que murió en enero de 2012, vivía con su tía porque era huérfana, y comenzó con episodios de fiebres constantes, que desaparecieron por unas semanas, pero al cabo de otras regresó y con ella, además su estómago crecía y crecía. En septiembre de 2011, según la misma nota periodística, la niña no fue a la escuela y llegó a la clínica del municipio de San Julián, Departamento de Sonsonate, con su tía, para que le dieran la medicina correcta para sus fiebres y para los parásitos, que su familia creía que tenía; siendo el diagnóstico que la niña estaba embarazada y probablemente había sido abusada, siendo los hombres de la casa los primeros sospechosos en la lista de posibles hechos. Al mes y medio, se continúa citando, en una consulta de una brigada médica que visitaba San Julián, la doctora que la atendió comunicó que la niña no estaba embarazada, sino que tenía líquidos retenidos en su estómago, por lo que se le dio referencia al Hospital de Sonsonate, porque había sospechas de insuficiencia renal. La niña V. murió a causa de una falla multiorgánica, shock séptico, insuficiencia renal aguda, con el agravante de un tumor cancerígeno maligno, que no se podía tratar y la pequeña, señala la nota periodística, además de sufrir sus dolores, sufrió la deshonra de todo un pueblo por la ignorancia y por un error en el diagnóstico médico, que la juzgó hasta los últimos días de su vida, siendo la niña expulsada de la escuela, porque representaba un mal ejemplo para sus compañeros.

En el artículo digital Rodríguez (2012) *“El doctor se equivocó y la niña se murió... es de humanos equivocarse”*, señala que la niña sufrió discriminación, vergüenza y además el señalamiento de casi todo el pueblo. Ese mismo 2012, el sitio *Abogadosynotariosdeelsalvador.com* (2012) en *“Caso V.: La pena que debe ser aplicada, será aplicada”*, hace mención a que las autoridades de turno del Ministerio de Salud consideraban importante obtener los resultados de las investigaciones en el caso de la pequeña V. antes de hacer alguna valoración, pero afirmaban que se tomarían las medidas necesarias o las sanciones adecuadas ya que eso es indispensable para mejorar la atención en el sistema de salud pública.

Frente a este caso, cabe mencionar que según la Dirección General de Estadística y Censos (DIGESTYC) (2017), citado en CONNA (2019), el 36.1% de las niñas, niños y adolescentes (NNA) vivían en hogares en condición de pobreza monetaria. El 7.7% en condición de pobreza extrema y el 28.5% en condición de pobreza relativa. Para 2018, las NNA que vivían en hogares en condición de

pobreza era del 34.2%, 7.8% en pobreza extrema y 26.4% en condición de pobreza relativa.

No se puede soslayar que la niñez y la adolescencia que viven en condiciones de pobreza sufren una privación de los recursos materiales, espirituales y emocionales necesarios para sobrevivir, desarrollarse y prosperar, lo que les impide disfrutar de sus derechos, alcanzar su pleno potencial o participar como miembros plenos y en condiciones de igualdad. (Lansdown, 2005) citado en CONNA (2019).

El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONNA) (2019) señala que, en materia de protección al derecho a la Integridad Personal de las niñas, niños y adolescentes, se emitieron lineamientos para prevenir el acoso (bullying) y el ciberacoso (ciberbullying) en centros educativos públicos y privados en El Salvador; también recopilan recomendaciones para las niñas, niños y adolescentes (NNA), personal docente, madres, padres u otros familiares, a efecto de prevenir, atender y erradicar el acoso en los centros de estudio.

Desde 2012 a la fecha, y a 7 años de la triste noticia, no se brindaron mayores informes o detalles referentes al caso ni sobre el actuar del Estado salvadoreño, por lo que, se desconoce si hubo o no sanción administrativa o penal al Médico involucrado, ni tampoco existe evidencia donde de manera clara se establezca cuáles fueron las posibles mejoras adoptadas por las instituciones públicas luego de este episodio, donde la víctima mortal fue una niña de 11 años.

Para finalizar, se plantean las siguientes interrogantes; ¿por qué no funcionaron en este caso las instituciones gubernamentales que velan por los derechos de las niñas y los niños?, ¿por qué si el médico sospechaba y aseguraba que era embarazo no lo comunicó a las autoridades correspondientes, a lo que estaba obligado?, ¿por qué aquí no funcionó la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia LEPINA, ni la Convención sobre los Derechos del Niño, ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni la Constitución de la República de El Salvador?.

b. Padre e hija salvadoreños mueren ahogados en el río bravo, al intentar cruzar hacia los Estados Unidos de Norteamérica

Según el artículo digital del Diario dw.com (2019), “*Padre e hija salvadoreños mueren ahogados en el Río Bravo, México, al intentar cruzar hacia EE. UU*”. (2019), la tragedia golpeó nuevamente a las familias migrantes salvadoreñas en su intento por llegar a Estados Unidos. La tragedia surgió cuando una pareja de esposos junto a su hija de 1 año 11 meses, se introdujeron en el río, buscando llegar a Estados Unidos. La madre logró ser rescatada y vio cómo la corriente de agua se llevaba a su esposo e hija de 1 año 11 meses. La nota señala también que familiares ya les habían conseguido a los migrantes, trabajo en la ciudad de Dallas, Texas.

El artículo digital, EFE (2019), “*Fallecen padre y su hija salvadoreños al intentar*

cruzar Río Bravo en México” hace referencia a que el padre y su hija perdieron la vida al intentar cruzar el Río Bravo cerca de la ciudad mexicana de Matamoros; se presume que el papá logró alcanzar a la niña luego de que la corriente se la arrebató, y la metió debajo de su camiseta. Sin embargo, ambos murieron ahogados; siendo que la familia había llegado a esta ciudad mexicana para pedir asilo político en Estados Unidos, sin embargo, ante la desesperación por la lentitud en los trámites decidieron, junto con otros migrantes, intentar cruzar el Río Bravo.

En el artículo digital publicado en sitio web, Diario dw.com, “*Padre e hija mueren ahogados en Río Bravo*” (2019), además de hacer referencia a la tragedia, señala que será difícil que Donald Trump logre mantener su restrictiva política de asilo, tras la tragedia en donde un migrante salvadoreño y su hija, murieron ahogados al tratar de cruzar el Río Bravo, en su camino hacia Estados Unidos.

El artículo digital de CNNespañol, “*Oscar M. y su hija V.: así fue su trayecto antes de ahogarse en el Río Bravo*” (2019), hace referencia a que la devastadora foto de la niña V., de 23 meses y su padre, Oscar Alberto M., flotando en el Río Bravo, es un sombrío recordatorio de la dura realidad en la frontera sur de los Estados Unidos. Sacude a los espectadores de todo el mundo. En la misma nota Ramírez (esposa y madre) dijo que el motivo que propició el viaje era que querían tener su propia casa y la desesperación impulsó al padre salvadoreño a cruzar la frontera hacia EE. UU.; sin embargo, él y su hija murieron en el intento, tras haber estado en un campamento de migrantes en Matamoros varios días.

El Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONNA) (2019), señala que en el marco de migración mediante caravanas de personas, se está elaborando el “Plan de Acción para la atención integral a niñas, niños y adolescentes migrantes y sus familias”, en coordinación con CONMIGRANTES⁵⁹, con el cual se busca plantear acciones interinstitucionales para la atención de niñez y adolescencia migrante y sus familias, previniendo la migración irregular por medio de respuestas en el ámbito nacional que solventen las causas que motivan la migración irregular.

Como puede observarse, en casos como el divulgado, se ponen de manifiesto los riesgos para la vida e integridad de la persona migrante, de su familia, pero sobre todo revela las circunstancias a las que se ven expuestas las niñas, niños y adolescentes en ese camino incierto del llamado “*sueño americano*”. Presenta la nota periodística, las causas por las que esta familia, como muchas otras a diario, decide, ante las situaciones de precariedad, pobreza e inseguridad ciudadana que se vive en el país en la actualidad, dejar su arraigo, familia, amigos y los exiguos bienes, por la

⁵⁹ El Consejo Nacional para la Protección y Desarrollo de la Persona Migrante y su Familia (CONMIGRANTES) es una institución autónoma del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador formada por representantes gubernamentales, de asociaciones del exterior de salvadoreños, así como de otros sectores de la sociedad como universidades y la empresa privada. Su creación en 2011 por decreto legislativo se planteó como un nuevo espacio para incluir la voz de los ciudadanos salvadoreños migrantes en la creación de políticas para migrantes y sus familias, así como para la supervisión de tales políticas. El Consejo empezó a funcionar en 2012 y sigue en desarrollo con la elección de representantes y la celebración de asambleas con representantes en el exterior.

idea de un trabajo y de una vida mejor, con mayores oportunidades de desarrollo. Indudablemente, realidad que impacta en la efectividad del sistema de protección de derechos desarrollados en pro de la niñez.

c. Niño de 11 años, desaparecido y encontrado muerto

El artículo periodístico, López (2019), “*Niño de 11 años reportado como desaparecido fue encontrado muerto en Ciudad Delgado*”, hace referencia al caso del niño J., de 11 años de edad, reportado como desaparecido y que fue visto por última vez en el municipio de Cuscatancingo, Departamento de San Salvador. Caso cuya desaparición, se divulgó ampliamente en redes sociales; días después de volverse viral, el niño fue encontrado muerto bajo el Puente Urbina, en el municipio de Ciudad Delgado, tras conocerse el hallazgo del cadáver del niño, la Fiscalía General de la República de El Salvador, condenó estos actos de violencia y afirmó que actuaría firmemente para dar con los responsables. Según la misma nota, el infante fue raptado de una comunidad en donde delinque la Mara Salvatrucha, y localizaron el cuerpo en una zona dominada por la pandilla 18⁶⁰, encontrado boca abajo y sin camisa.

El cadáver del niño fue encontrado por las autoridades dentro de una bolsa en las cercanías del puente Urbina, en Ciudad Delgado, San Salvador. Al conocer de la noticia de su asesinato, el Fiscal General escribió en Twitter. “Ninguna familia debe pasar por este dolor. No vamos a descansar hasta dar con los culpables.”, se señala en el artículo digital López (2019).

En el artículo digital Vázquez (2019), “*Menor de 11 años que estaba desaparecido es encontrado muerto*”, hace referencia a que la familia lo había reportado como desaparecido, pero la Fiscalía General de la República y la Unidad Especializada de Desaparecidos colgaron la información con la foto del menor en su cuenta oficial de Twitter, hasta el día siguiente.

El ministro de Justicia y Seguridad de El Salvador, confirmó en el artículo digital, Melgar (2019), “*PNC ya capturó a dos sospechosos del homicidio del niño de 11 años cuyo cadáver fue abandonado envuelto en sábanas*”, que la Policía Nacional Civil (PNC) ya tiene bajo su custodia a dos sujetos que serían los principales sospechosos de cometer el homicidio. “Tenemos dos personas capturadas, estamos a la búsqueda de un sospechoso más todavía”, cuatro días después que se localizó el cadáver de J. L. P., de 11 años de edad. Sin embargo, el titular de la cartera de Justicia y Seguridad Pública no detalló si ya se había establecido un móvil del crimen o si el mismo está relacionado con el accionar de las pandillas que asedian los municipios de Cuscatancingo y Ciudad Delgado. El niño presentaba lesiones producidas por arma blanca en diferentes partes del cuerpo.

⁶⁰ Mara Salvatrucha (MS-13) y Barrio 18, es el nombre de pandillas señaladas como organizaciones terroristas, según sentencia de Inconstitucionalidad 22-2007AC, pronunciada el día 23 de agosto de 2015, por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador.

Según informes del Consejo Nacional de Seguridad Ciudadana y Convivencia, citado en Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONNA, 2019), la tasa nacional de homicidios bajó 52.67 puntos y la tasa de homicidios de niños, niñas y adolescentes, 19.95 puntos; lo que significa una reducción del 51.12% y 39.67%, respectivamente.

No se puede dejar de destacar que en El Salvador, la baja en la tasa de homicidios debe analizarse en relación con otra problemática a la que se enfrentan niñas, niños y adolescentes en nuestro país, y es en relación a las desapariciones forzadas, que en los últimos años se ha convertido en un fenómeno social en constante crecimiento; lo que ha llevado a plantearse reformas institucionales como, por ejemplo, la creación de un Protocolo de Actuación para los casos de desaparición y la creación de una Unidad Especializada de la Fiscalía General de la República para la investigación de esos casos, y ciertas iniciativas de ley orientadas a incrementar las penas en los delitos vinculados a estas desapariciones.

Por otra parte el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CONNA, 2019) señala que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, emitió resolución de fecha 13 de julio de 2018, identificado como 411-2017, mediante la cual reconoce el fenómeno de desplazamiento forzado de personas, que tiene origen en el contexto de violencia e inseguridad en diversas zonas del país controladas por pandillas, siendo las niñas, niños y adolescentes la población directamente afectada, cuando sus familias han tenido que salir de sus comunidades por situaciones de amenazas por organizaciones delincuenciales como las maras y pandillas, situación vinculada a la deserción escolar de las niñas y niños, a ser víctimas de violencia sexual y en consecuencia la migración en forma irregular, por tal razón en la misma resolución se ordenó a la Asamblea Legislativa, y otras entidades estatales, reconocer a las víctimas de la violencia y del desplazamiento forzado como sujetos de derechos para lo que se deberá revisar y emitir legislación especial orientada a la protección de víctimas y testigos.

Según la Fiscalía General de la República, (2018), citado en CONNA (2019), la creación en mayo de 2018, de la Dirección Nacional de la Mujer, Niñez, Adolescencia, población LGBTI y otros grupos poblacionales en condición de vulnerabilidad en la Fiscalía General de la República, está ayudando a mejorar las condiciones de éstos. Adicionalmente, la Fiscalía General de la República en conjunto con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), en el marco del proyecto “Fortalecimiento del acceso a la justicia para la niñez, adolescencia y mujeres”, desarrolló el Protocolo de Atención Legal y Psicosocial a personas que enfrentan violencia, con énfasis en niñez, adolescencia, mujeres y otras poblaciones en condiciones de vulnerabilidad, con el objetivo de garantizar que la persona que acude a una sede fiscal reciba un trato digno, con respeto a sus derechos humanos, sin victimización secundaria y con protección especial hacia las niñas, niños, adolescentes, mujeres y otras poblaciones en condiciones de vulnerabilidad

7. Reflexión final

El Salvador sin duda ha dado pasos positivos en el reconocimiento y defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes; asumiendo el compromiso de crear y armonizar la normativa nacional frente a los nuevos requerimientos internacionales, especialmente en materia de niñez y adolescencia. Asimismo, como Estado Parte se obligó a respetar los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, y a asegurar su cumplimiento en cada niño sujeto a su jurisdicción, sin hacer distinción de ninguna índole que limite el ejercicio de estos derechos. Se deja atrás la idea, tan arraigada, de los niños como objeto de tutela para llegar a reconocerlos como sujetos plenos de derechos, procurándoles su ejercicio de manera progresiva, tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades. En cuanto a la protección penal de sus derechos se ha avanzado en materia de seguridad alimentaria, protección frente ataques de índole sexual, protección contra ciberataques, entre otros. Para evitar la revictimización de los niños se ha implementado el uso de cámaras gesell, con lo que se pretende proteger la dignidad e integridad del niño cuando deba comparecer en un proceso penal como víctima o testigo, así como el tratamiento diferenciado para los adolescentes en conflicto con la Ley Penal, separados de los adultos tanto en el proceso de conocimiento, como en el proceso de ejecución.

En ese sentido, el Estado también ha promovido ajustes institucionales, a fin de garantizar la ejecución de políticas públicas en favor de los derechos de la niñez; sin embargo, la realidad nos demuestra que falta mucho por hacer, pues se debe aspirar y procurar concretamente al ideal de una protección integral efectiva, organizada interinstitucionalmente y capaz de funcionar, no sólo desde un marco legal estructurado sino a partir de todos los entes que intervienen en la red de protección reforzada hacia la niñez. Es así, que el Estado tiene como reto fomentar e incentivar la formación educativa, proveer enseñanza de calidad, en donde las niñas, niños y adolescentes tengan acceso a recursos que les permita desarrollar sus capacidades y competencias; y contrarrestar la deserción escolar. En el tema de seguridad, tan apremiante, protegerlos de ataques y reclutamientos forzados por parte de organizaciones terroristas, como han sido calificadas las pandillas por la Sala de lo Constitucional salvadoreña en la sentencia que ha sido citada en este artículo, que tratan de captar a niños y a adolescentes en las escuelas al término de las jornadas de estudio.

También debe ser prioridad proteger a la niñez de desplazamientos forzados, migraciones obligadas que representan despojo, separación y abandono de su lugar de residencia, de su entorno, de su familia y de su vida. Hacer efectivas medidas de protección, mediante políticas que estén dirigidas a promover el desarrollo intelectual, social, económico, espiritual y de recreo, en niñas, niños y adolescentes. Asimismo, se deberá mejorar las condiciones de atención en materia de salud, alimentación, acceso a servicios básicos, medio ambiente, teniendo como

guía el cumplimiento efectivo de los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Referencias bibliográficas

González Oviedo, Mauricio y Vargas Ulate, Elieth (comp.) (2001): *Derechos de la Niñez y la Adolescencia. Antología*, Costa Rica: UNICEF, Poder Judicial, Escuela Judicial Voluntarios de Naciones Unidas: En <https://www.unicef.org/costarica/media/876/file/Derechos%20de%20la%20Ni%C3%B1ez%20y%20Adolescencia:%20Antolog%C3%ADa.pdf>. Extraído el 14/9/2020.

Lansdown, Gerison (2005). *La evolución de las facultades del niño*, N°. 11, Florencia; UNICEF. En <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>. Extraído el 14/9/2020.

Rodríguez Ruíz, Napoleón (2001): *Historia de las instituciones jurídicas salvadoreñas*, San Salvador, El Salvador: Editorial SN.

Buaiz Valera, Yuri E. (2013): *Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia; Comentada de El Salvador, Libro Primero*. San Salvador, El Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Talleres Gráficos UCA.

Otras fuentes

Comité de America Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, CLADEM (2009). *Convencion de los derechos del Niño/ Derechos de los niños, niñas y adolescentes en El Salvador, un Informe Alternativo*. San Salvador, Noviembre 2009 .

Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (2013). *Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia (PNPNA) 2013-2023*. Salvador 21 de febrero de 2013. En: http://asp.salud.gob.sv/regulacion/pdf/politicas/politica_nacional_pnpna.pdf. Extraído el 14/9/2020.

Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia, (2016). *Procedimiento Administrativo de Juntas de Protección*. San Salvador, 21 de noviembre de 2016. En: <https://www.transparencia.gob.sv/institutions/conna/services/4933>. Extraído el 14/9/2020.

Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (2019). *Memoria de Labores 2018-2019*. En: file:///C:/Users/flore/Downloads/MEMORIA_DE_LABORES_JUNIO_2018-_MAYO_2019.pdf. Extraído el 14/9/2020.

Consejo Nacional de la Judicatura (2014): *Reseña Histórica. El CNJ en la Corte Surpema*

de Justicia” Reseña Histórica. Marco Institucional del Consejo Nacional de la Judicatura. CNJ. 2014. En: <http://www.cnj.gob.sv/index.php/institucion/marco-institucional/resena-historica> Extraído el 12/9/2019.

Fundación Dr. Guillermo Manuel (Fundaungo), Secretaría técnica y de planificación de la presidencia (STPP), Fondo de las naciones unidas para la infancia (2015). *Percepciones de niñas, niños y adolescentes sobre su bienestar: ¿Apostando por el futuro de El Salvador?*, San Salvador: UNICEF. En: <https://www.fundaungo.org.sv/products/percepciones-de-ninas-ninos-y-adolescentes-sobre-su-bienestar-apostando-por-el-futuro-de-el-salvador/109>. Extraído el 14/9/2020.

Órgano Ejecutivo (1992). Informe Inicial de los Estados Partes (El Salvador) En: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f3%2fAdd.9&Lang=en Extraído el 20/9/2020.

Órgano Ejecutivo, El Salvador (2003). Segundo informe de la República de El Salvador, a la Convención sobre los Derechos del Niño, *OHCHR, org. Comité de los Derechos del Niño*.

En:https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2f65%2fAdd.25&Lang=en Extraído el 20/9/2020.

Órgano Ejecutivo, El Salvador (2018). Informes periódicos quinto y sexto combinados que El Salvador debía presentar en 2016 en virtud del artículo 44 de la Convención. En: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fSLV%2f5-6&Lang=en. Extraído el 20/9/2020.

Organización Panamericana de la Salud (s/a): *El Salvador con Ley especial que regula la pirotecnia y previene lesiones en niños y niñas*. En: https://www.paho.org/els/index.php?option=com_content&view=article&id=936:el-salvador-con-ley-especial-que-regula-la-pirotecnia-y-previene-lesiones-en-ninos-y-ninas&Itemid=291 Extraído el 20/9/2020.

Diarios digitales

Dalby, Chris y Carranza, Camilo (2019): *Balance de InSight Crime sobre los homicidios en 2018 by Chris Dalby y Camilo Carranza*. En: <https://es.insightcrime.org/noticias/analisis/balance-de-insight-crime-sobre-los-homicidios-en-2018/> Extraído el 20/9/ 2019.

EFE (2019): *Fallecen padre y su hija salvadoreños al intentar cruzar Río Bravo en México, “La prensa gráfica”*. En: <https://www.laprensagrafica.com/departamento15/Fallecen-padre-y-su-hija-salvadorenos-al-intentar-cruzar-rio-Bravo-en-Mexico-20190624-0275.html> Extraído el 20/10/ 2019.

López, Jaime (2019): *Niño de 11 años reportado como desaparecido fue encontrado muerto en Ciudad Delgado*, “El Salvador.com”. En: <https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/nino-de-11-que-desaparecio-el-viernes-fue-encontrado-muerto-en-ciudad-delgado/644705/2019/> Extraído el 12/10/2019.

Melgar, Alfredo (2019): *PNC ya capturó a dos sospechosos del homicidio del niño de 11 años cuyo cadáver fue abandonado envuelto en sábanas*. Diario LanoticiasSV En:

<https://lanoticiasv.com/pnc-ya-capturo-a-dos-sospechosos-del-homicidio-del-nino-de-11-anos-cuyo-cadaver-fue-abandonado-envue> Extraído el 12/10/2019.

Rodríguez, Carmen (2012). *Muere niña de 10 años de un tumor que el médico diagnosticó como embarazo*, “El Imparcial”. En: <https://elimparcialnews.com/2012/01/07/muerenina/#.Xug7PLzivIU>. Extraído el 12/10/2019.

Rodríguez, Carmen (2012) *El doctor se equivocó y la niña se murió... es de humanos equivocarse*, “Comentando la democracia”. En <https://comentandolademocracia.wordpress.com/2012/01/09/la-pgina-el-doctor-se-equivoc-y-la-nia-se-muri-es-de-humanos-equivocarse-diario-digital-de-noticias-de-el-salvador/>. Extraído el 20/10/ 2019.

Vázquez, Juan, C. (2019), *Menor de 11 años que estaba desaparecido es encontrado muerto*, “El mundocv”. En: <https://elmundo.sv/menor-de-11-anos-que-estaba-desaparecido-es-encontrado-muerto/> Extraído el 12/10/2019.

CNNespanol.cnn.com *Óscar Martínez y su hija Valeria: así fue su trayecto antes de ahogarse en el Río Bravo*. 2019. En: <https://cnnspanol.cnn.com/2019/06/26/asi-empezo-el-viaje-del-padre-padre-y-su-hija-que-se-ahogaron-cruzando-el-rio-bravo/> Extraído el 12/10/2019.

Diario dw.com. *Padre e hija mueren ahogados en río Bravo*. En: <https://www.dw.com/es/padre-e-hija-mueren-ahogados-en-r%C3%ADo-bravo/av-49363424> Extraído el 12/10/2019.

Sitio Abogadosnotariosdeelsalvador.com (2012) “*Caso V.: La pena que debe ser aplicada, será aplicada*”. En: <http://elsalvador.abogadosnotarios.com/caso-vanesa-la-pena-que-debe-ser-aplicada-sera-aplicada/> Extraído el 20/10/2019

3



EL IMPACTO DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL DERECHO ECUATORIANO: BREVE RESUMEN DE 30 AÑOS DE HISTORIA

Farith, Simon⁶¹

1. Introducción

El Ecuador fue el primer país de Latinoamérica y el tercero en el mundo en ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño⁶² (en adelante CDN). Su ratificación -casi universal- ha llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a afirmar que refleja un *opinio iuris communis* que “...pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris communis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia” (Corte Interamericana de Derechos humanos, 2002, párrafo 28 y 2014, párrafo 57).

El impacto de este instrumento es tan significativo en Ecuador que puede afirmarse que existe un antes y un después de su ratificación en el ámbito normativo. El Estado ecuatoriano, en su primer informe de cumplimiento de dicho instrumento, afirmó “*la Convención sobre los Derechos del Niño es un nuevo paradigma que debe vencer serias limitaciones para otorgar viabilidad a su cumplimiento*” (Secretaría Técnica del Frente Social, 1996, p. 7).

Los tres protocolos facultativos de la CDN han sido ratificados por Ecuador: el primero relativo a la participación de niños en los conflictos armados⁶³;

⁶¹ Doctor en derecho por la Universidad de Salamanca, profesor titular del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

⁶² Resolución legislativa de 15 de febrero de 1999, publicada en Registro Oficial No. 378. Se depositó la ratificación el 23 de marzo de 1990.

⁶³ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/54/263 de 25 de mayo del 2000, entró en vigor el 25 mayo de 2002. Publicado en el Registro Oficial 246 de 7 de enero del 2004.

el segundo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁶⁴; y, el tercero relativo al procedimiento de comunicaciones⁶⁵.

Estos 30 años han marcado algunos avances aparentes en nombre de la CDN, como la aprobación del Código de Menores de 1992, y varias transformaciones significativas como las que se produjeron con la Constitución de 1998 y el Código de la Niñez y Adolescencia de 2003; algunos retrocesos, en la Constitución del 2008 y muchas de las leyes derivadas de su vigencia; e inmovilidad en varios temas como la lucha contra la violencia en todos los ámbitos de la vida de niños, niñas y adolescentes o no se ha logrado la despenalización del aborto por violación.

Es posible identificar cuatro períodos, con ciertas particularidades, en estos 30 años. De 1990 a 1998, es posible afirmar que primó una incorporación puramente formal; de 1998 a 2008, en el que se produjeron avances sustanciales; de 2008 a 2017, con varios retrocesos; y, del 2017 a 2019 en el que existen intentos por recuperar la especificidad de la legislación y superar los retrocesos, en un contexto de gran incertidumbre.

2. Período 1990-1998

El primer antecedente de un cuerpo normativo especializado relacionado a la infancia y adolescencia en Ecuador data de 1938⁶⁶. El Código de Menores marcó el sentido de toda legislación referida a los menores de edad que se aprobó en el Ecuador hasta la ratificación de la CDN⁶⁷, si bien en todos esos años se introdujeron cambios en la denominación de las instituciones y se ampliaron las competencias de los tribunales de menores (Wray, 1992), sólo con la ratificación de la CDN se terminó con esta suerte de inercia normativa que se vivía en el país.

Con el llamado “nuevo” Código de Menores⁶⁸, en el año 1992, se produjo un cambio formal, pero no sustancial del texto normativo, pese a considerarlo un avance sustantivo (García Méndez, 1998). En ese momento se sostuvo que la reforma era un paso en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ratificación de la CDN, el texto normativo que se aprobó era abiertamente contradictorio con lo previsto en el instrumento internacional.

Aunque la expedición del nuevo Código de Menores de 1992 aproximó

⁶⁴ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas A/RES/54/263 de 25 de mayo del 2000, entró en vigor el 18 de enero de 2002. Publicado en el Registro Oficial No. 382, de fecha 21 de julio del 2004.

⁶⁵ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, A/RES/66/ de 19 de diciembre de 2011, entró en vigor. Publicado en el Registro Oficial No. 448 de 19 de marzo de 2019.

⁶⁶ Decreto Supremo 181 del General Alberto Enríquez Gallo, publicado en Registro Oficial No. 2 de 12 de agosto de 1938.

⁶⁷ Se produjeron varias reformas con diferentes alcances en 1944, 1959, 1969 y 1976.

⁶⁸ Código de Menores, Ley 170, aprobado el 16 de julio de 1992.

a la legislación nacional y la práctica de los órganos jurisdiccionales a los principios y normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, hay aspectos en los cuales se advierte la subsistencia de disposiciones normativas y de prácticas judiciales y administrativas que no se concilian con la filosofía y preceptos de dicho instrumento internacional (Wray, 1998, p. 85).

La explicación para esto es simple, la redacción de ese texto normativo arrancó en el año 1989 (Sánchez, Martínez, Cordero y Simon, 1998), los textos iniciales fueron trabajados a partir de la idea de “*modernizar una legislación que presentaba vacíos y contradicciones en algunos aspectos, tales como adopción, maltrato, abandono, colocación familiar y trabajo infantil, entre otros*” (Sánchez, Martínez, Cordero y Simon, 1998, p. 473). Era otro Código de Menores que sólo al final del proceso, debido a la ratificación de la CDN y cuando el proyecto estaba prácticamente terminado se modifica parcialmente con la incorporación de un listado de derechos que reproducían, casi textualmente, los textos de la Convención (Sánchez, Martínez, Cordero y Simon, 1998), con una visión de la infancia que no se correspondía con la del CDN, con una institucionalidad diseñada con un objetivo distinto y sin los recursos jurídicos o económicos necesarios para asumir los retos que exigía el instrumento internacional.

En el “Primer Informe Oficial de la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Ecuador” se consideraba que la “mayor influencia derivada de la ratificación de la Convención se ha dado en materia legislativa, con la aprobación de un Código de Menores y sus reglamentos, que recogen su espíritu y letra” (Secretaría Técnica del Frente Social, 1996, p. 25); sin embargo, se dejaba constancia de la necesidad de iniciar

...un proceso de revisión del Código para proponer y concretar reformas que viabilicen su aplicación y la exigibilidad de los derechos [...] y; de reforma del Sistema de Administración de Justicia de Menores destinado a desarrollar una mayor capacidad de garantizar los derechos de los niños y niñas en forma más eficiente y eficaz” (Secretaría Técnica del Frente Social, 1996, p. 23).

Además, se requería

...iniciar un proceso de revisión de todos los instrumentos legales que tengan implicaciones directas sobre la infancia (Ley de Educación, Código de Salud, Código Civil, Código Penal, Código de Trabajo, etc.), a efectos de garantizar que no existan normas contradictorias y que los niños y niñas estén debidamente protegidos todos ellos (Secretaría Técnica del Frente Social, 1996, p. 56).

El entusiasmo que el informe oficial reflejaba era evidente, pero los cambios normativos no tenían correspondencia sustancial con la CDN, por esto

varias organizaciones⁶⁹ empezaron a promover la idea de que se requería una amplia reforma legal (Parraguez y Simon, 1999).

En noviembre de 1994, a propósito del quinto aniversario de la CDN, se propuso por parte del Foro de la Niñez y de la organización Defensa de los Niños Internacional introducir en la Constitución un artículo específico sobre la infancia, esto dio como resultado que en el año 1996 se incorpore por primera vez a nivel constitucional la noción de prevalencia de los derechos de la infancia y adolescencia; la prohibición de discriminación por motivos de edad; y la obligación de consultar a niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con la ley (Parraguez y Simon, 1999).

En las Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al informe inicial del Ecuador (Comité de los Derechos del Niño, 1998), difundidas en el año 1998, se dejó en claro las “disparidades” que existían entre la Convención y la legislación nacional, por ello se recomendó el reexamen de la legislación nacional “...para lograr su plena conformidad con los principios y disposiciones de la Convención...” (Comité de los Derechos del Niño, 1998, párrs. 12 y 17).

El Comité expresó particular preocupación por “...el uso del criterio biológico de la pubertad para fijar distintas edades de madurez en los niños...”, considerando a esta práctica contraria “...a los principios y disposiciones de la Convención y constituye una forma de discriminación basada en el sexo que afecta el disfrute de todos los derechos” (Comité de los Derechos del Niño, 1998, párr. 17). Este criterio para diferenciar a los llamados incapaces absolutos de los relativos está vigente desde la aprobación del Código Civil el año 1861, estas edades condicionan a la mayoría de las normas relacionados con la capacidad jurídica de los menores de edad, en particular la capacidad para contraer matrimonio que permitía a una niña de 12 años contraer matrimonio⁷⁰. La edad mínima para el matrimonio se estableció en 18 años apenas en el año 2015, manteniéndose la distinción entre púberes e impúberes en el derecho ecuatoriano. Se recomendó que en la reforma de las

...leyes nacionales se tengan plenamente en cuenta los principios del interés superior del niño y el respeto de las opiniones del niño, así como el derecho del niño a participar en la familia, en la escuela, en otras instituciones y en la sociedad en general... (Comité de los Derechos del Niño, 1998, párr. 19).

El Comité de los Derechos del Niño consideró que el “sistema de justicia de menores” no era plenamente compatible “...con los artículos 37, 39 y 40 de la Convención y con otras normas pertinentes tales como las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de la Libertad”

⁶⁹ Foro de la Niñez, Instituto Nacional del Niño y la Familia (INNFA), el Programa del Muchacho Trabajador del Banco Central, con la cooperación de UNICEF.

⁷⁰ Artículo 21 Código Civil “Llamase infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos”.

(Comité de los Derechos del Niño, 1998, párr. 32).

En particular el Comité expresó su preocupación por qué la privación de la libertad no es un último recurso, la lentitud con que se tramitan los casos, la insuficiente provisión de asistencia jurídica para menores de edad, y que niños y niñas menores de 7 años viven en las cárceles con sus progenitores (Comité de los Derechos del Niño, 1998).

3. La Constitución de 1998

Poco tiempo después de conocerse las observaciones y recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño al informe inicial del Ecuador se aprobó, por parte de la Asamblea Constituyente de 1998, un nuevo texto constitucional que introdujo una modificación muy importante en la normativa ecuatoriana. Ese texto constitucional fue resultado del trabajo de varias organizaciones públicas y privadas involucradas en la promoción y defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las que impulsaron que el texto constitucional incorpore disposiciones específicas sobre los derechos de la infancia y adolescencia, esto como parte de un proceso destinado al reconocimiento social de la obligación política, jurídica e institucional que tiene el Estado de satisfacer los derechos de las personas (Martínez, 1998). La Asamblea Constituyente aceptó la totalidad de las propuestas hechas por el movimiento a favor de los derechos de los niños y niñas⁷¹, constitucionalizándolos en un marco de reconocimiento significativo de derechos humanos, de alguna forma se incorporó al texto fundamental las principales reglas de la CDN, una tendencia que se mantiene hasta la actualidad.

Los elementos principales recogidos 1998 fueron los siguientes: la ciudadanía universal desde el nacimiento; se reafirmó el hecho de que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos, además de los específicos de su edad. Se establecieron constitucionalmente los principios de corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia; el de máxima prioridad; el interés superior de los niños; y el de prevalencia de los derechos; se reafirmó la titularidad de varios derechos: a la vida⁷², integridad física y psíquica; identidad, nombre y ciudadanía; salud integral y nutrición; educación y cultura, deporte y recreación; seguridad social, a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social, al respeto a su libertad y dignidad, y a ser consultados en los asuntos que les afecten; libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas. Se especificó algunos ámbitos de protección prioritaria o de atención preferente: atención preferente para

⁷¹ Las consignas que movilizaron al movimiento por los derechos del niño/a en el proceso de la Asamblea Constituyente eran “niño(a) ciudadano(a), niño(a) prioridad nacional”.

⁷² El constituyente resolvió establecer que el derecho a la vida se iniciaba en la concepción.

las personas menores de seis años que les garantice nutrición, salud, educación y cuidado diario; protección especial en el trabajo, y contra la explotación económica en condiciones laborales peligrosas, que perjudiquen su educación o sean nocivas para su salud o su desarrollo personal; atención preferente para su plena integración social, a los que tengan discapacidad; protección contra el tráfico de menores, pornografía, prostitución, explotación sexual, uso de estupefacientes, sustancias psicotrópicas y consumo de bebidas alcohólicas; prevención y atención contra el maltrato, negligencia, discriminación y violencia; atención prioritaria en casos de desastres y conflictos armados; y, protección frente a la influencia de programas o mensajes nocivos que se difundan a través de cualquier medio, y que promuevan la violencia, la discriminación racial o de género, o la adopción de falsos valores. Se determinaron las condiciones generales para la creación de un sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez y la adolescencia, encargado de asegurar el ejercicio y garantía de sus derechos; con un órgano rector de carácter nacional integrado paritariamente entre Estado y sociedad civil y competente para la definición de políticas públicas; estableciendo que son parte del sistema las entidades públicas y privadas; y responsabilizando a los gobiernos seccionales la formulación de las políticas locales y a la asignación de recursos preferentes para servicios y programas orientados a niños y adolescentes. Se estableció la especialización normativa en relación con la infancia y adolescencia; además, luego de 60 años, se estableció una administración de justicia especializada en la Función Judicial, en la que debía respetarse todas las garantías constitucionales.

La Constitución de 1998 marcó la ruptura definitiva con la visión tutelar desde lo normativo, abriendo paso al período más importante de la aplicación de la CDN en esta dimensión (Simon, 2004).

4. Período 1998-2008

La aprobación del texto constitucional de 1998 reactivó el proceso revisión de la normativa nacional que tuvo como uno de sus hitos más importantes la aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia en el año 2003, además de abrir la puerta para la ratificación de varios instrumentos internacionales⁷³.

⁷³ Convenio 138 de la OIT sobre la edad mínima de admisión al empleo, ratificado el 27 de junio del 2000; Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, ratificado el 19 de septiembre del 2000; Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, ratificado el 19 de septiembre del 2000; Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ratificado el 5 de febrero del 2002, que considera como un “crimen de guerra” reclutar o enlistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar en las hostilidades, tanto en conflictos armados nacionales e internacionales; Convenio de la Haya relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental de protección de los niños, ratificado el 5 de noviembre del 2002; Protocolo facultativo relativo a la participación de

4.1. El Código de la Niñez y Adolescencia del 2003

El Código de la Niñez y Adolescencia⁷⁴ ha sido, sin duda, la reforma normativa más importante que en esta materia se ha dado en el país desde la entrada en vigor de la CDN, sin negar sus limitaciones, es de gran relevancia tanto por su enfoque, estructura, contenido, y por la forma en que se lo redactó, es una innovación democrática sin precedentes en el país (Parraguez y Simon, 1998)⁷⁵.

Ya desde el año 1995 varias organizaciones⁷⁶ venían discutiendo, en conjunto con el Foro de la Infancia y Adolescencia, sobre las limitaciones que el ordenamiento jurídico ecuatoriano presentaba para dar efectividad a los derechos que se habían reconocido en la CDN y para cumplir con los compromisos adquiridos en esta materia. La reforma constitucional de 1996 y el texto constitucional de 1998 forman parte de ese proceso.

La Constitución de la República de 1998 estableció las bases para la transformación radical de la normativa y la institucionalidad vinculada a la infancia y adolescencia. Muchos conceptos asumidos como básicos en la actualidad tomaron forma en ese momento: niños, niñas y adolescentes sujetos de derechos, ciudadanía universal, prioridad absoluta, interés superior, prevalencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, reglas específicas sobre los derechos de la infancia y adolescencia, a partir del reconocimiento de que son titulares de todos los derechos humanos, además de los específicos de su edad, justicia especializada dependiente de la Función Judicial; la creación de un sistema descentralizado de protección integral encargado de la definición de las políticas públicas, la creación de programas y de servicios.

El proyecto de ley resultante del proceso de consulta y del trabajo técnico sufrió modificaciones en la aprobación legislativa, algunos de esos cambios

niños en conflictos armados, ratificado por el Ecuador el 7 de enero del 2004; Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ratificado el 30 de enero del 2004; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, adhesión de 5 de febrero del 2002.

⁷⁴ Se publicó en el Registro Oficial No. 737 de 3 de enero de 2003, de acuerdo con lo establecido en su artículo final entró en vigor el 3 de julio del mismo año.

⁷⁵ “La idea de crear un nuevo texto normativo para la niñez y adolescencia estuvo asociada, desde su nacimiento, a la convicción de que debía ser el producto de un extenso y profundo proceso de participación ciudadana, no sólo porque de esa manera se ajustaba mejor a las nuevas concepciones constitucionales sobre la democracia ecuatoriana, sino, más importante todavía porque resultaba una exigencia explícita de la doctrina de la protección integral en cuyo seno se percibe la proposición de que no puede haber una conducta social de respeto hacia derechos que no están suficientemente reconocidos como respuestas a necesidades esenciales, en la percepción colectiva y en la conciencia del propio titular. La participación se convirtió entonces en un compromiso de acción que activó a numerosas organizaciones sociales del país y a UNICEF, hasta llegar al nivel de las más importantes autoridades del Estado” (Parraguez y Simon, 1998, p. 602).

⁷⁶ Programa Nacional de Reforma a la Justicia (Projusticia), UNICEF, INNFA y la Comisión del Niño, Juventud y Familia del Congreso Nacional.

redujeron la eficacia de la nueva norma, otros significaron mantener situaciones incompatibles con los derechos como la no modificación de la edad mínima para contraer matrimonio, en otros temas conllevó la duplicación regulativa con las implicaciones negativas que esto tiene para la protección y garantía de los derechos (Simon, 2008)⁷⁷.

Al Código de la Niñez y Adolescencia se lo caracteriza como una ley integral y garantista. *Integral* porque en su texto se reconocen toda clase de derechos y se determinan los responsables, y mecanismos de protección y garantía de estos, en el mismo cuerpo normativo se establecen las reglas para el juzgamiento de los adolescentes acusados de un delito; desde un punto de vista doctrinario también es considerado de esa forma porque recoge plenamente la doctrina de la protección integral (Simon, 2008)⁷⁸.

Como ley garantista (Simon, 2008) establece una serie de condiciones institucionales, administrativas y económicas para que los derechos declarados se concreten en la realidad, estableciendo un conjunto de garantías para dotarlos de exigibilidad.

El Código está organizado en cuatro libros: primero “Niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos”; segundo “Niño, niña y adolescente en sus relaciones de familia”; tercero “Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la niñez y adolescencia”, y, cuarto “Responsabilidad del Adolescente Infractor”.

Se definió jurídicamente a niños y niñas como personas que no han cumplido 12 años, y a los adolescentes a las personas entre 12 y 18 años, sin modificar el sistema de edades del Código Civil para efectos de ese instrumento. Los principios de la ley recogían a los de la CDN y los ampliaban: igualdad y no discriminación; interculturalidad; corresponsabilidad del Estado, la sociedad y la familia; función básica de la familia y responsabilidad compartida de los progenitores; deber del Estado frente a la familia; interés superior del niño; prioridad absoluta; ejercicio progresivo; y, aplicación e interpretación más favorable de la ley al niño, niña y adolescente.

A partir del reconocimiento de que los niños, niñas y adolescentes son titulares de todos los derechos, además de los específicos de su edad, se clasifica

⁷⁷ Por ejemplo las regulaciones sobre capacidad legal contenidas en el Código Civil son la regla general y lo contenido en el CNA son “excepciones” de acuerdo a lo prescrito en la primera parte artículo 65 de dicha ley “La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes se estará a lo previsto en el Código Civil...”; el proyecto de CNA reformaba todo el sistema de edades de Código Civil, eliminaba la vinculación con la pubertad y la diferencia de edad entre mujeres y varones.

⁷⁸ Esto se recoge claramente en artículo 1 del CNA: “Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que viven en el Ecuador, con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad.

Para este efecto, regula el goce y ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidades de los niños, niñas y adolescentes y los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.”.

a éstos por el objetivo que tienen en la vida de los niños, niñas y adolescentes: supervivencia, protección, participación y desarrollo, alejándose de esta manera de las formas tradicionales de clasificación. Se considera que los derechos son “interdependientes, indivisibles” y que estos (y las garantías) son “... potestades cuya observancia y protección son exigibles a las personas y organismos responsables de asegurar su eficacia...” (art. 18 Código de la Niñez y Adolescencia).

A los adolescentes se les reconoció capacidad jurídica plena para “ejercer directamente aquellas acciones judiciales encaminadas al ejercicio y protección de sus derechos y garantías” (derecho de petición). En el caso de los niños y niñas, se reconoce que estos “podrán pedir directamente auxilio para la protección de sus derechos cuando deban dirigir la acción contra su representante legal (art. 65 Código de la Niñez y Adolescencia).

En materia de trabajo infantil se estableció la prohibición de explotación laboral a niños, niñas y adolescentes, siendo responsables la sociedad, la familia y el Estado de elaborar y ejecutar políticas, planes y programas tendientes a erradicar el trabajo de los niños/as y adolescentes menores de 15 años y los trabajos prohibidos para los menores de 18 años y mayores de 15. Se fijó los 15 años como edad mínima para el trabajo, a excepción de aquellos trabajos de naturaleza educativa, o vinculados a prácticas ancestrales que no violen su derecho. Reconociéndose a los adolescentes trabajadores todos los derechos laborales, además ciertas condiciones especiales como jornadas reducidas, prohibición de trabajo en fines de semana o en las noches. Se estableció un listado de trabajos prohibidos por considerárselos perjudiciales o peligrosos para los adolescentes y se creó un mecanismo por el cual se podía ampliar ese listado.

Las relaciones de familia de los niños, niñas y adolescentes se regularon, sobre la base de lo dispuesto por el órgano legislativo exclusivamente en aquellos temas ya tratados por el Código de Menores de 1992, lo que implicó mantener una duplicidad normativa en estas materias. Se mantuvo la regulación de la patria potestad, si bien se marco una clara diferencia entre sus contenidos patrimoniales y extrapatrimoniales, desarrollándose las reglas sobre su ejercicio, el mismo que se consagra en favor de ambos progenitores, salvo en los casos de separación, en que se la entrega a aquél a quien se ha confiado la tenencia del hijo. Se diferencia por primera vez con claridad la titularidad del ejercicio, y se disipa cualquier duda respecto a que el titular de la tenencia ejerce plenamente esta potestad, incluida la representación legal del hijo, sin necesidad de la concurrencia, consentimiento u opinión del otro progenitor, para quien solamente se reserva la facultad de oponerse a los actos y decisiones del tenedor que estime inconvenientes para el niño o el adolescente. Se diferenció con claridad la limitación, suspensión y terminación de la patria potestad. Se mejoraron ostensiblemente las reglas sobre tenencia, visitas, derecho de alimentos (normas posteriormente reformadas) y adopción, en correspondencia a los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

Al “Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez

y Adolescencia” se lo definió como “...un conjunto articulado y coordinado de organismos, entidades y servicios, públicos y privados, que definen, ejecutan, controlan y evalúan las políticas, planes, programas y acciones, con el propósito de garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia; define medidas, procedimientos, sanciones y recursos, en todos los ámbitos, para asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos de los niños, niñas y adolescentes...” (art. 190 Código de la Niñez y Adolescencia).

Se lo estructuró con un conjunto de organismos, entidades y servicios públicos y privados, repartidos en tres grupos: Organismos de definición, planificación, control y evaluación de políticas, que son el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia; y, los Consejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia; organismos de protección, defensa y exigibilidad de derechos que son: las Juntas Locales de Protección de Derechos; la Administración de Justicia Especializada de la Niñez y Adolescencia; y, otros organismos como las defensorías comunitarias; organismos de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos, que son las entidades públicas de atención; y las entidades privadas de atención. Los ejes de su acción son garantizar la protección integral de la niñez y adolescencia y asegurar la vigencia, ejercicio, exigibilidad y restitución de los derechos. Estos organismos y entidades debían actuar de manera articulada y coordinada, sustentando su accionar los principios siguientes: la participación social; la descentralización y desconcentración de sus acciones; la legalidad, la economía procesal; la motivación de todo acto administrativo y jurisdiccional; la eficiencia y eficacia; y, la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad.

La administración de justicia se transformó radicalmente, se trasladó a la función judicial y se abandonó la composición pluridisciplinaria, un modelo asistencial vigente desde 1938 que no garantizaba los principios de legalidad y debido proceso. Se estableció una judicatura unipersonal, independiente, letrada, especializada, con discrecionalidad regulada, asistida por unidades técnicas multidisciplinarias (organismo técnico auxiliar) con funciones periciales. Se establecieron una serie de procedimientos administrativos y jurisdiccionales de protección de derechos, disposiciones sobre recursos administrativos.

En cuanto a la responsabilidad penal juvenil se determinó que niños y niñas (personas menores de 12 años de edad) no eran responsables penalmente y por tanto absolutamente inimputables; los adolescentes (personas entre 12 y 18 años) son inimputables penalmente, es decir no pueden ser juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplica las sanciones previstas por las leyes penales, pero son responsables penalmente (además de responsables civilmente en los términos del Código Civil) por los delitos que cometan y sujetos a las medidas socio-educativas establecidas en el Código.

El procedimiento -que se mantiene- se estableció de naturaleza acusatoria, oral y con todas las garantías procesales.

Estos cambios se han mantenido a lo largo del tiempo con algunas

modificaciones puntuales, con excepción de lo referido al “Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia” el que prácticamente ha desaparecido en la forma que se concibió en el 2003, como se explicará más adelante.

El Comité de los Derechos del Niño, en las observaciones finales al IV informe del Ecuador (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a). El Comité hizo un reconocimiento expreso de estos avances normativos en las observaciones finales al segundo y tercer informe (Comité de los Derechos del Niño, 2005); felicitó al país por la aprobación del Código de la Niñez y Adolescencia, el establecimiento del Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia y el sistema de justicia para niñez y adolescencia; observó la necesidad de que se *“intensifiquen los esfuerzos para aplicar plenamente el Código de la Niñez y Adolescencia, y el proceso de armonización de la legislación”* (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a, párr. 13), centrando gran parte de sus recomendaciones a las condiciones de implementación de las disposiciones jurídicas.

El Comité de los Derechos del Niño recomendó al país varias reformas normativas porque los textos eran abiertamente contradictorios con algunas obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales, por ejemplo: la necesidad de elevar la edad mínima para el matrimonio, para ambos sexos, a *“...un nivel aceptable internacionalmente”* (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a, párr. 27); que se prohíba *“...toda forma de castigo corporal, incluso en la familia y las instituciones de internación de los niños...”* (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a, párr. 64); se *“...adopten medidas legislativas que rijan el tratamiento de los niños no acompañados y separados de sus familias”*; se introduzcan medidas legislativas para reforzar la lucha contra el trabajo infantil (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a, párr. 68); y, que se *“...revise el Código Penal para castigar como delito, entre otros, la explotación sexual, la pornografía y el turismo sexual”* (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a, párr. 70).

De este grupo de reformas requeridas por el Comité, dos se habían aprobado cuando sus recomendaciones se hicieron públicas: las referidas al trabajo infantil y las normas destinadas a castigar la explotación sexual, la pornografía y el turismo sexual.

5. Período 2008-2017

Estos años se corresponden al régimen de Rafael Correa, se dieron profundos cambios políticos, sociales, jurídicos e institucionales, marcados por la aprobación de la Constitución de la República en el año 2008, pero en un ambiente de un autoritarismo creciente y una visión del Estado centralizadora.

En materia de niñez y adolescencia el resultado fue contradictorio ya que se constitucionalizaron las garantías a los derechos, se amplió la oferta institucional

y se asignaron mayores recursos a los temas de infancia y adolescencia, pero por otra parte se produjeron claros retrocesos en varias áreas, muchas de estas preocupaciones aparecieron de forma clara en los informes del Comité de los Derechos del Niño, como se verá más adelante.

La Constitución del 2008⁷⁹, en relación con los derechos de la infancia y adolescencia, en líneas generales mantiene lo regulado en la Constitución de 1998, introduce algunas innovaciones que profundizan lo ya reconocido previamente y modifica de forma relevante a la institucionalidad pública vinculada a la formulación de las políticas públicas (Simon, 2010).

La regulación de los derechos parte de reconocer la igualdad formal y material de todas las personas, lo que implica ir más allá de la igualdad ante la ley, sino que debe garantizarse el acceso de toda la población a los derechos conocidos en el constitucionalismo clásico como “derechos sociales” y que en la Constitución vigente aparecen principalmente reuniones bajo la denominación de derechos del buen vivir.

Los derechos colectivos tienen una ampliación con relación a los ya reconocidos en la Constitución de 1998, debido a que se otorga una mayor importancia a la noción de pluralismo. Los derechos se organizan bajo nuevas categorías, a partir del reconocimiento de que son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía: derechos del buen vivir; derechos de las personas y grupos de atención prioritaria (en donde se encuentran los derechos específicos de la niñez y adolescencia); derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; derechos de participación; derechos de libertad; derechos de la naturaleza; y, derechos de protección.

Un cambio relevante, con relación a la Constitución del 2008, fue la eliminación del “derecho a la vida desde la concepción”, al modificar el texto previo al establecer la obligación de garantizar la vida “incluido el cuidado y protección desde la concepción, pero no el “derecho a la vida desde la concepción”.

La Constitución del 2008 sentó las bases para la desaparición de la especificidad del sistema nacional descentralizado de protección integral para la niñez, si bien existen varias reglas con referencia a ese sistema, e incluso se lo menciona expresamente⁸⁰ y se estipula que la “protección integral funcionará a través de sistemas especializados, de acuerdo con la ley... [y] se guiarán por sus principios específicos”; en la práctica se crearon los consejos nacionales para la igualdad como “órganos responsables de asegurar la plena vigencia y el ejercicio de los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”; con atribuciones “en la formulación, transversalización, observancia, seguimiento y evaluación de las políticas públicas”, estableciéndose que para el cumplimiento de sus fines “coordinarán con las entidades rectoras y ejecutoras

⁷⁹ Publicada en Registro Oficial No. 442 de 20 de octubre del 2008.

⁸⁰ “El sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y la adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Serán parte del sistema las instituciones públicas, privadas y comunitarias”. Inciso final del artículo 341.

y con los organismos especializados en la protección de derechos en todos los niveles de gobierno”⁸¹; estos se integran “de forma paritaria, por representantes de la sociedad civil y del Estado, y estarán presididos por quien represente a la Función Ejecutiva” (Código de la Niñez y Adolescencia, art. 190).

Sin embargo, estos no tienen capacidad para formular políticas públicas debido a que expresamente se le atribuye a los ministros de Estado que ejercen la rectoría de las políticas públicas en el área a su cargo⁸², abriendo la puerta para la pérdida de especificidad de estas.

El 28 de julio del 2009⁸³ se aprobó una importante reforma al Código de la Niñez y Adolescencia que introdujo nuevas reglas para la fijación y cobro de las pensiones alimenticias; un tema especialmente sensible por las demoras que existían en los procedimientos judiciales para su establecimiento y por los bajos montos que se establecían en las judicaturas. El procedimiento actual puede tramitarse sin representación de abogado, los montos mínimos se establecen en tablas (que se actualizan anualmente), se deben fijar –obligatoriamente– pensiones provisionales en la primera providencia, se perfeccionan los apremios y se facilitó el cobro de las pensiones a los obligados subsidiarios (los obligados principales son los progenitores). La reforma estableció que el hijo o hija menor de edad mayor de 15 años puede comparecer por sus propios derechos al juicio como actor, restringiendo la regla general del artículo 65 del Código de la Niñez y Adolescencia que permite la comparecencia en toda acción de defensa de sus derechos.

En las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño al IV informe del Ecuador se reconocen las contribuciones de la Constitución del 2008 al reconocimiento de la pluralidad e interculturalidad y a la protección de derechos (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a); la aprobación del Plan Nacional del Buen Vivir 2009-2013, que contiene el Plan Nacional Decenal de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia 2004-2014 y su correspondiente Agenda Social de la Niñez y Adolescencia 2007-2010; así como la aprobación de las reformas al Código penal y al Código de Trabajo del 2005, del Código de la Niñez del 2009 y las reformas a la Ley de Maternidad Gratuita del 2009.

El Comité de los Derechos del Niño recomendó al Estado que se

...aceleren los esfuerzos por lograr que el derecho interno esté en estricto cumplimiento con la CDN realizando un examen exhaustivo de las leyes y su aplicación y manteniendo la especificidad e interdependencia de todos los derechos del niño en términos de políticas, legislativos, institucionales y programáticos (del Comité de los Derechos del Niño, 2010.a, párr. 10).

⁸¹ La disposición transitoria sexta establece que el Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia se constituirá en un “consejo nacional para la igualdad”.

⁸² Artículos 147 numerales 3 y 4, 279 y 280 sobre las políticas públicas en la Función Ejecutiva y la planificación para el desarrollo.

⁸³ Registro Oficial Suplemento 643 de 28 de julio del 2009.

La preocupación del Comité de los Derechos del Niño por la especificidad y especialidad de las normas, de las políticas y de las instituciones está presente a lo largo del documento, recomendándose que en el proyecto de Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomías y Descentralización se

prevea la articulación y coordinación de las distintas instituciones y órganos dedicados a los derechos del niño, asegurando así en la práctica una actuación exhaustiva y específica que vincule entre sí los niveles central y cantonal y las diferentes instituciones dedicadas a los derechos del niño, con competencias propias y específicas. El Comité insta a que en ese diseño se mantenga la especificidad del Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia... (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a, párr. 14).

De igual forma que en el

...nuevo sistema nacional de inclusión y equidad social se respete y fortalezca el ya existente Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (Comité de los Derecho del Niño, 2010.a, párr. 12).

El Comité también recomendó con insistencia que “*los derechos de la niñez sean prioridad nacional*” (Comité de los Derecho del Niño, 2010.a, párr. 14);

que se siga haciendo participar sistemáticamente a las comunidades y la sociedad civil, así como a los niños y a los adolescentes, en todos los aspectos de la elaboración de leyes y normas, políticas, planes y presupuestos, especialmente en el ámbito local y cuando guarden relación con ellos directa o indirectamente (Comité de los Derecho del Niño, 2010.a, párrs. 15 y 29); *se vele por la aplicación en la práctica del interés superior del niño, incorporando plenamente el principio en todos los programas, las políticas y los procedimientos judiciales y administrativos, así como en la ejecución de los planes de acción nacionales, y que lleve a cabo una evaluación del impacto sobre los niños de todas las propuestas de leyes, políticas y asignaciones presupuestarias que afecten a los niños y al goce de sus derechos* (Comité de los Derecho del Niño, 2010.a, párr. 37); *y, que redoble sus esfuerzos por lograr que las opiniones de los niños se tengan debidamente en cuenta en la familia, las escuelas y los ámbitos administrativos y de otro tipo pertinentes, y que los niños sean debidamente escuchados en los procedimientos judiciales y administrativos que los afecten* (Comité de los Derecho del Niño, 2010.a, párr. 41).

En cuanto a reformas específicas se reiteró el pedido de que se “*establezca la edad mínima legal para contraer matrimonio en los 18 años para las chicas y chicos*” (Comité de los Derecho del Niño, 2010.a, párrs. 32 y 33); que se “*...introduzca legislación y la*

baga cumplir para prohibir los castigos corporales en todos los ámbitos, con inclusión de la familia, la escuela y todos los lugares de privación de libertad...” (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a, párrs. 46 y 47); “*se considere la “posibilidad de introducir medidas jurídicas para impedir que los padres migrantes dejen atrás a sus hijos”*” (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a, párr. 49);

se adopten todas las medidas necesarias para que los niños acogidos en instituciones regresen a su familia lo antes posible, en especial se

dicte normas clara para las instituciones en funcionamiento y establezca un mecanismo integral de examen periódico de los niños colocados en toda las modalidades alternativas de acogimiento...” y se ponga “*...en marcha un mecanismo de denuncia para los niños y haga uso de él sin detrimento del derecho del niño a la privacidad y la confidencialidad*” (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a, párr. 51); se adopten “*medidas legislativas o de otro tipo para proteger a los niños solicitantes de asilo y refugiados, en particular los no acompañados o separados de su familia*” (Comité de los Derechos del Niño, 2010.a, párr. 67).

En cuanto a la “administración de la justicia juvenil”, además de recordar la necesidad de que se respete la CDN y demás instrumentos internacionales relacionados⁸⁴, el Comité de los Derechos del Niño solicitó que se garantice que el nuevo

Código de Garantías Penales (sic) establezca un sistema especializado de justicia juvenil integrado con el Sistema Nacional Descentralizado de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia”;...que el sistema especializado de justicia juvenil esté separado del sistema penal para adultos en lo que respecta a las normas sobre procedimientos, sanciones y ejecución de las sentencias y que los niños estén siempre separados de los adultos en todos los establecimientos de detención, incluidas las celdas de las comisarías; considere la posibilidad de aumentar la actual edad mínima de responsabilidad penal; establezca alternativas no judiciales a la privación de libertad, como la libertad vigilada, los servicios comunitarios o la suspensión condicional de la condena, siempre que sea posible; garantice que todos los niños que no hayan alcanzado la mayoría de edad penal pero que estén en conflicto con la ley sean tratados por las autoridades civiles o administrativas de manera conforme con la Convención y las normas internacionales; en particular, garantice que tengan acceso a medidas socioeducativas que supongan una alternativa a

⁸⁴ Artículos 37 b), 40 y 39 de la Convención, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) y las Reglas de las Habana); en particular el Comité instó al Estado parte a que tenga en cuenta la Observación general N° 10 del Comité (2007) sobre los derechos del niño en la justicia de menores.

todas las formas de privación de libertad y/o institucionalización (Comité de los Derecho del Niño, 2010.a, párr. 79).

En las Observaciones y recomendaciones a los informes presentados por los Estados partes en virtud del párrafo 1 del artículo 12 del 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 (Comité de los Derecho del Niño, 2010.b) consideraba necesario que se continúe y complete el proceso de armonización de su legislación nacional con el Protocolo facultativo para aplicar adecuadamente sus disposiciones: que se vele para que en la legislación penal se haga referencia expresa a todos los actos y actividades constitutivos de delito con arreglo al Protocolo facultativo e introduzca la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Comité de los Derecho del Niño, 2010.b, párr.10); que este cuerpo normativo se ajuste plenamente al artículo 3 del Protocolo facultativo, penalizando la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil tal como se definen en los artículos 2 y 3 del Protocolo facultativo, y garantice que la ley se aplique en la práctica y se impongan sanciones adecuadas a los autores para evitar la impunidad (Comité de los Derecho del Niño, 2010.b, párr. 23). Recomendó al Estado que adopte todas las medidas necesarias para velar por que se incorpore en la legislación penal el consentimiento indebidamente inducido en casos de adopción, para así evitar que los intermediarios intenten convencer a madres o a embarazadas para que den a sus hijos en adopción, y para impedir que las personas o agencias no autorizadas publiciten servicios relativos a la adopción (Comité de los Derecho del Niño, 2010.b, párr. 27). Solicitó que se mantenga y fortalezca las medidas de protección de los derechos e intereses de los niños víctimas, para todos los niños hasta los 18 años, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 8 del Protocolo facultativo y las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, entre otras la modificación del Código de Procedimiento Penal (Comité de los Derecho del Niño, 2010.b, párr. 36).

En las observaciones y recomendaciones del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 8 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (Comité de los Derecho del Niño, 2010.b) el Comité consideró necesaria la revisión de los siguientes cuerpos normativos: Código de la Niñez y Adolescencia para que incluya una definición de participación directa en hostilidades; Ley de servicio militar obligatorio en fuerzas armadas nacionales para que prohíba expresamente el reclutamiento de niños, incluido el reclutamiento voluntario; y, establezca salvaguardias para asegurar que no se reclute a niños que carezcan de certificado de nacimiento o sobre cuya edad se alberguen dudas (Comité de los Derecho del Niño, 2010.b, párr. 14). Expresó su preocupación por la falta de legislación para enjuiciar los casos en los que aparecen no nacionales implicados en el reclutamiento de niños y su utilización en conflictos armados (Comité de los Derecho del Niño, 2010.b, párr. 15). Recomendó que se adopte

medidas legislativas de carácter penal para asegurar que todos los responsables del delito de reclutamiento de niños y de su utilización en conflictos armados sean sometidos a su jurisdicción penal nacional, enjuiciados y sancionados (Comité de los Derechos del Niño, 2010.b, párr. 16).

6. Reformas legales 2009-2017

En el período 2009-2017 en el país aprobaron varias reformas legales con impacto en materias relacionadas a los derechos de la niñez y adolescencia. En muchas de ellas se hizo constar, como parte de los considerandos una referencia expresa a la CDN. Es claro que ese espíritu reformista era un resultado esperado de la aprobación de la Constitución del 2008.

En Código Orgánico de la Función Judicial⁸⁵ (2009) se crearon judicaturas de familia, mujer, niñez y adolescencia con competencia para resolver todo lo relativo a los derechos de niños, niñas y adolescentes (excepto lo relativo a los temas relativos a los adolescentes infractores), los temas de familia y sucesorios. Al tiempo que se cambió la denominación de “procuradores de adolescentes infractores”, un eufemismo que se hizo constar en el Código de la Niñez y Adolescencia, a la denominación de fiscales de adolescentes infractores⁸⁶. Se establecieron judicaturas de adolescentes infractores⁸⁷ y se estableció., al interior de la Defensa Pública, las defensorías públicas especializadas para “las mujeres, niños, niñas y adolescentes”⁸⁸. En las cortes provinciales y en la Corte Nacional de Justicia se establecieron las salas especializadas “De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores”⁸⁹.

En la Ley Orgánica de Comunicación⁹⁰ (2013), se introdujeron varias normas destinadas a la infancia y adolescencia, muchas de ellas derogadas o reformadas en el año 2019⁹¹.

El Código Orgánico Integral Penal⁹² (2014) introdujo un importante número de delitos en los que se considera como sujetos pasivos a niños, niñas y adolescentes, además de reformar de manera extensa las reglas para el juzgamiento de adolescentes infractores del Código de la Niñez y Adolescencia; en la propuesta que presentó el Ejecutivo se buscó quitar esas reglas ese cuerpo normativo e incorporarlas al Código Orgánico Integral Penal, un importante proceso de defensa de la separación, la especialidad, el no endurecimiento de las medidas y la

⁸⁵ Registro Oficial Suplemento No. 544 de 09 de marzo del 2009

⁸⁶ Artículo 46.

⁸⁷ Artículos 226 y 228.

⁸⁸ Artículo 286.6.

⁸⁹ Artículo 183.6.

⁹⁰ Publicada en Registro Oficial Suplemento No. 22 de 25 de junio del 2013

⁹¹ Publicada en Registro Oficial Suplemento 432 de 20 de febrero de 2019.

⁹² Publicado en Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero del 2014.

modificación de las edades de responsabilidad penal, se escenificó durante varios meses y la CDN fue utilizada como instrumento principal para impedir algunos de esos cambios (Asamblea Nacional,), sin embargo, se amplió el tiempo máximo de internamiento a 8 años.

En la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para la Igualdad⁹³ (2014) desmontó el Sistema Nacional Descentralizado de Niñez y Adolescencia en los términos que había sido desarrollado en el Código de la Niñez y Adolescencia del año 2003. Se eliminó el Consejo de Niñez y Adolescencia dando paso al Consejo Nacional para la Igualdad Intergeneracional⁹⁴, que tiene funciones de asesoría y evaluación de las políticas de acción afirmativa, siendo el ministerio encargado de los de inclusión económica y social le corresponde dictar y evaluar “la Política Nacional de Protección Integral a la Niñez y Adolescencia, asegurar la correspondencia de las políticas sectoriales y seccionales con la política nacional de protección integral y exigir de los organismos responsables su cumplimiento”⁹⁵. Se eliminaron los Consejos Cantonales de Niñez y Adolescencia y de acuerdo con la décima disposición transitoria, en los lugares donde no se hayan constituido Consejos Cantonales de Protección de Derechos, los Consejos Cantonales de Niñez y Adolescencia, se convertirán en Consejos Cantonales de Protección de Derechos y cumplir con las funciones establecidas en artículo 598 del Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización. Se derogaron todas las normas sobre el financiamiento del Sistema y se mantuvieron las Juntas Cantonales de Protección de Derechos.

En este cuerpo normativo se reflejó claramente el irrespeto por la especificidad relacionada a los derechos de los niños y niñas y el desarme de los sistemas especializados que se habían organizado desde el año 2003. En el Informe alternativo de cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos por parte del Estado Ecuatoriano dio cuenta de esto: “La Ley Orgánica de Consejos Nacionales para la Igualdad –LOCNI- crea, entre otros, el Consejo Nacional de la Igualdad Intergeneracional –CNII-, en donde desaparecen las características de especificidad y especialidad del SNDPINA. También se elimina el carácter descentralizado de este sistema al suprimir los Consejos Cantonales de la Niñez y Adolescencia –CCNA-, transformándolos en Consejos Cantonales de Protección de Derechos –CCPD-, en donde no se aprecia, más bien se ignora, la prioridad absoluta que debe asignarse a la niñez y adolescencia en la ejecución de políticas públicas y en la provisión de recursos” (Organizaciones y Personas de la Sociedad Civil del Ecuador, Informe alternativo, 2016, p. 7)

Otro cuerpo normativo aprobado en estos años y que tuvo un impacto negativo en la protección de los derechos de la infancia y el respeto a la CDN

⁹³ Publicada en Registro Oficial Suplemento No. 283 de 07 de julio de 2014.

⁹⁴ Artículo 6.

⁹⁵ Artículo 195.

es la Ley de Gestión de la Identidad y Datos Cíviles⁹⁶, un cuerpo normativo que introdujo cambios a varias reglas sobre adopción e identidad, que significaron un retroceso en estas materias porque facilita en exceso el cambio de nombres (Comité de los Derechos del Niño, 2017, párr. 20). En el caso de la adopción se abre la puerta a las de carácter ilegal y la vulneración al derecho a la identidad al permitir que niños y niñas puedan considerarse “expósitos” y ser inscritos por cualquier persona sin salvaguardia alguna (Organizaciones y Personas de la Sociedad Civil del Ecuador, Informe alternativo, 2016).

La reforma a las normas procesales, por la aprobación del Código Orgánico General de los Procesos⁹⁷, introdujo -26 años después de la vigencia de la CDN – una regla específica que obligan -en todos los procesos judiciales en que se discuten derechos de niños, niñas y adolescentes- a escuchar y valorar su opinión⁹⁸.

En este período se destaca la reforma al Código Civil⁹⁹ que elevó la edad mínima para contraer matrimonio a 18 años, un proceso que se completó en el año 2015, luego de varios años de trabajo liderado por un grupo de organizaciones nacionales e internacionales no gubernamentales y del Sistema de Naciones Unidas (Rosero y Valdivieso, 2016). Este es un proceso en el que se usó de manera significativa la CDN y los informes del Comité de los Derechos del Niño (Rosero y Valdivieso, 2016). Hasta esa reforma el matrimonio podía ser contraído desde los 12 años en el caso de las mujeres y desde los 14 por parte de los hombres.

En los aspectos negativos, además de la pérdida de especialidad y especificidad de la legislación, institucionalidad y políticas públicas relacionadas a los derechos de la infancia, se puede señalar una resistencia clara a garantizar los derechos sexuales y reproductivos de niños, niñas y adolescentes, desmontando los programas de prevención del embarazo e impidiendo la reforma que despenalizaba el aborto en casos violación o embarazos no deseados (Organizaciones y Personas de la Sociedad Civil del Ecuador, Informe alternativo, 2016 y Comité de los Derechos del Niño, 2017).

El Comité de los Derechos del Niño, en las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador, expresó su preocupación por la pérdida de especificidad y especialidad del sistema de protección integral (Comité de los Derechos del Niño, 2017, párr. 4) y los diagnósticos disponibles dan cuenta de las dificultades normativas y prácticas derivadas de un diseño constitucional defectuoso que se ha reflejado en las reformas normativas posteriores (Rodrigues dos Santos, 2018).

⁹⁶ Registro Oficial Segundo Suplemento No. 684 de 4 de febrero del 2016.

⁹⁷ Registro Oficial Suplemento No. 506 de 22 de mayo de 2015.

⁹⁸ Artículo 31.

⁹⁹ Registro Oficial Segundo Suplemento No. 526 de 19 de junio del 2015.

7. Período 2017-2019

La asunción al poder de Lenin Moreno Garcés¹⁰⁰ implicó una modificación a la tendencia que bajo el régimen de Rafael Correa se había manifestado de forma muy clara: alejarse de la especificidad y especialidad de los sistemas de protección para infancia y adolescencia, de acuerdo con la visión aprobada en la Constitución del 2008 y la legislación derivada de dicho instrumento, en particular la Ley Orgánica de los Consejos Nacionales para Igualdad de 2014 que derogó un número significativo de disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia, en particular las referidas a las políticas, programas y acciones de protección integral (Organizaciones y Personas de la Sociedad Civil del Ecuador, Informe alternativo, 2016). El Comité de los Derechos del Niño, en las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador, dejó en claro que,

...le preocupa profundamente el nuevo enfoque intergeneracional aprobado por el Estado que pueda afectar a la especificidad y la especialización de su marco institucional y normativo para la aplicación de la Convención, y pueda socavar la protección efectiva de los derechos del niño, en particular a nivel local (Comité de los Derechos del Niño, 2017, párr. 4).

En este período se han producido transformaciones normativas fundamentales, todas ellas han resultado de decisiones de la Corte Constitucional, que usando sus competencias para analizar la correspondencia de las normas locales con los instrumentos internacionales. Cuatro sentencias han marcado estas transformaciones y han usado entre sus referencias la CDN: la Sentencia No. 184-18-SEP-CC de 19 de junio de 2018, conocida como “el caso Satya”, abrió paso a la doble maternidad y paternidad en función de la llamada “voluntad procreacional”; las sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, las dos de 12 de junio de 2019, en las que se reconoció el matrimonio de personas del mismo sexo en Ecuador; y, la sentencia No. 9-17-CN/2019 de 9 julio del 2019, en el que se reiteró la obligación de contar con una justicia imparcial y especializada en adolescentes infractores.

Múltiples iniciativas de reforma legal se han dado en este período, algunas de ellas destinadas a temas puntuales como las pensiones alimenticias, el régimen de tenencia (custodia) y la prohibición de todas las formas de violencia¹⁰¹; todas fueran frenadas por la propuesta, en la Asamblea Nacional del Ecuador, de una reforma integral al Código de la Niñez y Adolescencia; para ello se creó una “Comisión Ocasional para atender temas y normas sobre niñez y adolescencia” (Asamblea

¹⁰⁰ El 24 de mayo del 2017.

¹⁰¹ El castigo físico está prohibido en el sistema educativo por el Código de la Niñez y Adolescencia desde el año 2003.

Nacional, 2018) que ha venido trabajando bajo el mandato específico de “reformular integralmente el Código de la Niñez y Adolescencia”. Hasta el momento los avances han sido limitados y es poco probable que en el corto plazo se tenga resultados concretos o un proyecto de reforma integral como se propuso inicialmente.

8. La legislación a 30 años de la CDN

La CDN marcó un antes y un después a nivel normativo en el Ecuador, su impacto trasciende a la legislación de infancia y adolescencia y se puede afirmar que ha sido relevante para el conjunto del ordenamiento jurídico. Las innovaciones que se han promovido a partir de este instrumento son de tal trascendencia que no es posible identificar el impacto en todas las dimensiones del tratamiento de los derechos (su visión holística, la lógica de la integralidad); en los temas relacionados al rol compartido en la garantía, respeto y protección de derechos por parte del Estado, la sociedad y la familia (el principio de corresponsabilidad); la necesidad de priorizar la satisfacción de los derechos (principio de prioridad); la necesidad de escuchar a niños, niñas y adolescentes en todos los asuntos que les afectan; y, la consideración del interés superior del niño como elemento central en la toma de decisiones o medidas que afecten a niños, niñas y adolescentes.

Los cambios normativos no siempre se han traducido en cambios reales de prácticas, los discursos en muchos niveles se han transformado, pero las deudas son muchas en el aspecto concreto y cotidiano. Algunos de los avances dirigidos a dar efectividad a la CDN fueron amenazados, en el período 2007-2017, por el desprecio a la especificidad y especialidad se vivió en el país, otros cambios necesarios quedaron pendientes debido a la falta de comprensión de su alcance o a la falta de consensos sobre la forma de encararlos.

Son muchos los pendientes a nivel social, cultural y normativo derivados de la CDN, es fundamental recuperar la especificidad e interdependencia de todos los derechos del niño en términos de políticas, legislativos, institucionales y programáticos; esto requiere en el nivel de las políticas de una reforma constitucional, sin embargo, en los sistemas institucionales y la administración de justicia se puede lograr con una reforma legal; se requiere revisar el conjunto de la legislación ecuatoriana para eliminar la capacidad jurídica diferenciada entre varones y mujeres derivada de las normas legales del Código Civil en las que se mantiene el uso del criterio pubertad/impubertad para establecer reglas de capacidad/incapacidad diferenciada entre hombres y mujeres; deben prohibirse todas las formas de violencia en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes; deben modificarse las reglas para la asignación de tenencia o custodia en caso de separación, divorcio o conflictos entre progenitores de forma que se superen las reglas que privilegian los intereses de los adultos sobre los de niños, niñas y adolescentes, debido a que se mantienen normas discriminatorias y estereotipadas.

A 30 años de la CDN se ha hecho mucho, queda mucho por hacer.

Referencias bibliográficas

García Méndez, Emilio (1998). “Legislaciones infanto-juveniles en América Latina: modelos y tendencias”, en Unicef, *Derecho a tener Derechos, Volumen. 1. Serie Enfoques sobre políticas de infancia*, Quito: Unicef.

Martínez, Manuel (1998). “Derechos Humanos, políticas públicas y derechos de los niños y niñas ecuatorianos”, en Foro de la Infancia, *Niños, Niñas y Adolescentes en la Constitución Ecuatoriana*. Quito: INNFA.

Parraguez, Luis y Simon, Farith (1999). “Comentario sobre la matriz legislativa del nuevo Código del Niño y del Adolescente del Ecuador”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. T. I, Bogotá: Temis/Depalma.

Parraguez, Luis y Simon, Farith (1998). “Los elementos centrales de la propuesta de matriz legislativa del proyecto de nuevo Código de Infancia y Adolescencia-ecuatoriano”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá: Temis/Depalma.

Rosero, Rocío y Valdivieso, Cecilia (2016). *Cambio de legislación sobre la edad de matrimonio: experiencias exitosas y lecciones aprendidas de América Latina y el Caribe*, Panamá: ONU Mujeres LAC.

Rodriguez dos Santos, Benedito (2018). *Sistema de protección de la niñez y adolescencia: un análisis de situación en el Ecuador*, Quito: UNICEF, Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional.

Sánchez, F., Martínez, M., Cordero, B. y Simón, F. (1998). “Comentario al proceso de reforma legislativa en Ecuador”, en García Méndez, E. y Beloff, M., (comp.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, T. I, Bogotá: Temis/Depalma.

Simon, Farith (2004). “El proceso de reforma legislativa en Ecuador”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comp.), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, T. I, Bogotá: Temis/Depalma.

Simon, Farith (2008). *Derechos de la niñez y adolescencia: de la Convención sobre los derechos del niño a las legislaciones integrales*. Quito, Ecuador: Cevallos editores.

Simon, Farith (2010). “Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia: de las legislaciones integrales al Estado constitucional de derechos. Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación”, en Ávila, Ramiro y Corredores, M. Belén (edit.), *Derechos de la Niñez y Adolescencia, Serie Justicia y Derechos Humanos*, Quito: Ministerio

de Justicia y Derechos Humanos.

Wray, Alberto, Larenas, René y García, Elizabeth (1992). *El derecho de menores*. Quito: CIDES/Corporación de Estudios y Publicaciones.

Wray, Alberto (1998). *La observancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Administración de Justicia*. Quito: CIDES.

Otras fuentes

Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Ecuador, CRC/C/15/Add.93. 26/10/1998

Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add.262. 13/9/2005.

Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/ECU/CO/4. 2/3/2010a.

Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/OPSC/ECU/CO/1. 1/4/2010. b.

Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/ECU/CO/5-6. 26/10/2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

Organizaciones y Personas de la Sociedad Civil del Ecuador, Informe alternativo del cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos por parte del Estado Ecuatoriano, 2016. En https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=14&ved=2ahUKEwjK04Pjr87mAhWK4IUKHUOKAJE-QFjANegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fbinternet.ohchr.org%2FTreaties%2FCRC%2FShared%2520Documents%2FECU%2FINT_CRC_NGO_ECU_28423_S.docx&usq=AOvVaw2hG4MnvqTMox04sLBztSIb.

Extraído el 3/5/2021.

Secretaría Técnica del Frente Social, “Primer Informe Oficial de la Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el Ecuador”, Quito, 1996.

4



HORIZONTES Y FRONTERAS DE LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DE NIÑXS Y ADOLESCENTES

*«La utopía está en el horizonte.
Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y
el horizonte se corre diez pasos más allá.
¿Entonces para qué sirve la utopía?
Para eso, sirve para caminar»
Eduardo Galeano*

Guillermina, Zabalza¹⁰²
M. Victoria Schiro¹⁰³

1. Reflexiones iniciales

La historia de la infancia ha sido la historia del control, de la construcción de una categoría de sujetos débiles (Gil Domínguez, Famá, Herrera, 2006), cuyo marco tuitivo los tomaba como objeto de protección, cambiando este enfoque de manera radical a partir del siglo XX –consagrándose un proteccionismo renovado– cuyo hito emblemático se materializa con la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, al consagrar el reconocimiento pleno de los derechos humanos de la infancia y adolescencia (Gil Domínguez, Famá, Herrera, 2006) (Minyersky, 2007). Este proceso de especificación de derechos se visibiliza tanto en el reconocimiento de sujetos titulares de derechos, como en el reconocimiento del ejercicio de los mismos.

¹⁰² Magister en Derecho Privado, Profesora Titular de Derecho de las Familias, Derecho Sucesorio, Bioderecho e Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Unicen, mail: guiguiz@hotmail.com

¹⁰³ Doctora en Derecho, Magister en Derecho Privado, Profesora Asociada de Derecho de las Familias, Derecho Sucesorio y Bioderecho de la Facultad de Derecho de la Unicen, mail: victoriaschiro@hotmail.com

La Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰⁴ ha introducido un cambio cualitativo en materia de niñez que puede visibilizarse en dos escalas, por un lado, en lo atinente a la titularidad de derechos –resignificando a los niñxs como sujetos de derechos-, y por el otro, previendo la autonomía que se construye a partir del ejercicio de esos derechos (Lovera Parmo, 2009). De esta manera, se inauguró una nueva relación entre niñxs- Estado - familia, siendo conocida como el sistema de “protección integral de derechos”, reforzada a nivel interno por la Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (Famá, 2012) y las respectivas leyes provinciales.

Esta interacción se basa en la consideración y el respeto de cada una de las etapas por las que atraviesa la construcción y conformación de la personalidad, que visibilizan las posibles tensiones entre intervención/protección y autonomía (Famá, 2012), así como las necesidades que trascienden en cada instancia de su acontecer etario (Famá, 2007), cuestión que nos conduce a disipar dudas en procura de constatar una nueva perspectiva en lo atinente a la toma de decisiones

La evolución en el reconocimiento de los derechos del niñx, ha sido lenta, difícil y compleja¹⁰⁵, variando las modalidades y razones que cada sociedad ha asumido en su trato con los niñxs, acorde con el devenir temporal y cultural de cada contexto sociológico (Minyersky, 2009). Las diversas transformaciones sociales y axiológicas en torno a la infancia impactaron en el discurso jurídico, previéndose un marco tuitivo basado en la protección integral de niños, niñas y adolescentes.

En las líneas que se suceden, nos detendremos en el tema concerniente a la toma de decisiones de niñxs y adolescentes en algunas de las cuestiones atinentes al cuidado de su cuerpo y salud, considerándose de manera especial los diferentes contextos de vulnerabilidad, así como la determinación de su trascendencia en el proceso deliberativo.

2. Niñxs y adolescentes: principales protagonistas en el proceso de toma de decisiones

Desde esta nueva perspectiva jurídica, se intenta trazar un puente que en aras del interés superior del niñx se procure un equilibrio entre el paternalismo justificado y un progresivo reconocimiento de la autonomía gradual de niñxs y adolescentes, consagrándose el concepto de autonomía progresiva en los artículos 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y en La ley 26.061 en los artículos 3 y 27. La autonomía gradual significa la asunción por lxs niñxs y adolescentes, de

¹⁰⁴ En adelante CDN.

¹⁰⁵ Destaca Minyersky (2009, 132) *“La historia de la infancia, se ha dicho, es una pesadilla de la que hemos empezado a despertar hace muy poco. Cuanto más se retrocede en el pasado, nos enteramos de que más expuestos estuvieron los niños a la muerte violenta, al abandono, los golpes, el terror y los abusos sexuales. Si los historiadores no han reparado hasta ahora en estos hechos es porque durante mucho tiempo se ha considerado que la historia sería debía estudiar los acontecimientos públicos y no los privados”*.

roles y funciones conforme a su madurez y desarrollo (Lloveras y Salomon, 2009). El interés superior del niñx se sitúa en el centro, funcionando como un parámetro de equilibrio entre la protección especial que niñxs y adolescentes requieren por su particular circunstancia etaria y la participación que requieren en toda situación que los involucre, variando la misma en consonancia con la autonomía progresiva de los mismxs. Por ello, cuando hablamos de autonomía progresiva, la misma siempre es situada, contextualizada, más allá de los criterios normativos que hoy la legislación nos brinda.

El abordaje convencional de los derechos de niñxs y adolescentes¹⁰⁶, redefinió institutos plasmados en el Código Civil derogado, como es el caso de la patria potestad hoy conceptualizada normativamente en el Código Civil y Comercial¹⁰⁷ como responsabilidad parental; plasmándose en su texto la autonomía progresiva como uno de los principios generales de la responsabilidad parental¹⁰⁸, consagrando que a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de lxs hijxs.

Esta nueva cosmovisión dxl niñx como sujeto de derecho, interpeló el sistema de fuentes existentes, requiriéndose la necesidad de abandonar las clásicas estructuras estáticas de capacidad e incapacidad –del Código Civil derogado- por criterios flexibles y dinámicos, inspirados en la “progresividad”, otorgándose una participación activa a niñxs y adolescentes en el proceso de toma de decisiones. De esta manera, el CCyC regula el instituto de la capacidad desde una perspectiva convencional y constitucional, receptando en su texto los criterios que emanan de la CDN y la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad¹⁰⁹.

La autonomía progresiva se expresa tanto en el ámbito privado como en el público, reconociéndose diferentes grados de participación, ya sea frente a los propixs progenitores u otros adultxs, como en relación al Estado. Indica Famá que el principio de autonomía previsto en la CDN encarna la idea de equilibrio entre el reconocimiento de lxs NNA como sujetos de derechos y la necesidad que tienen al mismo tiempo de recibir protección en función de su relativa inmadurez. Por ello, la búsqueda de este equilibrio presenta la dificultad constante de tener que ponderar entre los diferentes derechos en juego, resultando difícil consagrar una solución universal y uniforme. La promoción y el apoyo del ejercicio de una autonomía progresiva y responsable involucra tres aspectos: la evolución, en tanto promueve el desarrollo, la competencia y gradual autonomía de NNA; la participación, destacando el derecho del niñx a que se respeten sus competencias, transfiriendo

¹⁰⁶ En adelante NNA.

¹⁰⁷ En adelante CCyC.

¹⁰⁸ Art. 639.- Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a. el interés superior del niño; b. la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c. el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

¹⁰⁹ En adelante CIPD.

la responsabilidad de ejercicio al niñx en consonancia con su autonomía; y la protección, dado que las facultades del niñx se siguen desarrollando durante toda la infancia, éste tiene el derecho de recibir protección de sus progenitores como del Estado contra la exposición a situaciones que pueden ser perjudiciales (Famá, 2012). En tal sentido, se ha indicado que

...las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales que implica necesariamente el abandono de la rígida y obsoleta dicotomía entre “capacidad/incapacidad” propuesta por el Código Civil. Para ello no basta con el reconocimiento de los niños como sujetos titulares de derechos humanos, es preciso también consentir que ellos ejerzan con autonomía estos derechos en función del grado de madurez en su desarrollo psíquico y emocional y sin estar sujeto a una edad cronológica determinada (Gil Domínguez, Famá, Herrera, 2007, p. 170).

La autonomía progresiva reformula las relaciones que vinculan niñxs y adultxs, especialmente el vínculo que se traduce con sus progenitores -representantes legales-, produciéndose un cambio emblemático en las relaciones paterno filiales, resignificándose los conceptos, subrayándose la noción de función y deberes de los padres respecto de la vida de sus hijos. Desde esta perspectiva los progenitores ya no sustituirán a sus hijos en sus derechos, sino que los asistirán y acompañarán en el ejercicio de los mismos, por ello las figuras de representación, asistencia y cooperación constituyen figuras graduales en relación al desarrollo dxl niñx. En tal sentido, la representación sustituye la voluntad dxl niñx, la asistencia acompaña su voluntad, prestando una conformidad o asentimiento y la cooperación implica que xl niñx toma la decisión, asentado en la contención y apoyo de sus representantes (Herrera, 2015).

Asimismo, la autonomía progresiva obliga al Estado –en su carácter de garante de los derechos fundamentales de los NNA- a un doble juego de funciones, por un lado el desplazamiento de su rol de interventor que tomaba al niñx como objeto de tutela, hacia un rol de apoyo y acompañamiento; y por el otro lado se exigen acciones positivas del Estado que tiendan a amparar a los NNA ante cualquier situación de vulneración de sus derechos –ya sea desde la perspectiva pública como privada-.

Dentro de los diversos marcos tuitivos se han diseñado diversas posibilidades tendientes a dar la efectividad a la autonomía progresiva, clasificándose los modelos según: la estipulación de límites o fraccionamiento etarios; la eliminación de los límites de edad, sustituyéndose por una evaluación individual de cada niño a fin de determinar su competencia; la introducción de límites etarios con la posibilidad de que el niño pueda demostrar su competencia aun cuando no tenga estas edades

mínimas; y la introducción de límites de edad fijos para aquellos derechos que corren el riesgo de ser vulnerados por los adultos, y la introducción de capacidad para el resto de los derechos (Fama, 2012).

Destaca Kemelmajer de Carlucci (2010) la necesidad de plantear nociones flexibles en torno a la autonomía progresiva. Indica que ante las diversas tendencias legislativas, es interesante plantearnos la relación entre autonomía progresiva y seguridad jurídica, ya que si bien no se pueden negar las bondades que posee la seguridad jurídica como valor positivo, al mismo tiempo, no puede dejar de advertirse que

hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio". Siendo así, hay que reconocer la necesidad de las nociones flexibles, aunque traigan complejidad, pues, como bien se ha señalado, "por regla general, los hombres no se intimidan por la complejidad creciente de la vida cuando esa complejidad abre nuevos horizontes"(Kaplan, 2006, como se citó en Kemelmajer de Carlucci, 2010, p. 139). Esos nuevos horizontes son los que muestran la autonomía progresiva y el derecho del niño a su propia determinación (self determination) como integrantes inescindibles de los derechos de su personalidad (Kemelmajer de Carlucci, 2010, p. 138-139).

Creemos que desde esta perspectiva convencional el CCyC introduce el artículo 26 que establece, previendo en consonancia con los artículos que lo antecedan un criterio de mayor flexibilidad como es la "madurez" con un criterio más rígido como es la "edad", consagrándose que "La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada. La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona. Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su

interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo”.

Se prevé entonces el principio general de la autonomía progresiva en atención a la edad y al grado de madurez suficiente, conjugando ambos criterios (edad y madurez).

Asimismo, precisa recortes etarios para determinar el grado de autonomía para decidir sobre tratamientos médicos, consagrándose la posibilidad de decidir al adolescente sobre aquellos tratamientos médicos que no resulten invasivos ni comprometan su estado de salud o puedan provocar un grave riesgo a la vida o integridad física. En cambio, si se trata de tratamientos invasivos que comprometan la salud o pongan en riesgo la salud o integridad, el adolescente debe prestar su consentimiento con asistencia de sus progenitores (Herrera, 2015). A su vez, la norma prevé un desfraccionamiento respecto de la edad en que se adquiere la mayoría de edad, previéndose una mayoría anticipada para la toma de decisiones referidas al cuidado del cuerpo a partir de los 16 años. Destaca Kemelmajer de Carlucci que la mayoría anticipada para el acto médico se funda en la idea de que la conciencia sobre el propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de su mayoría de edad, es justamente en su cuerpo que el espíritu se despierta más prontamente (Kemelmajer de Carlucci, 2003).

En consonancia con estas perspectivas, recordamos el caso “Gillick vs. West Norfolk and Wicbech Area Health Authority” del año 1986, en el que se reconoce la mayoría anticipada para actos médicos. Este caso se suscita en razón de una resolución dictada por el Departamento de Salud de Gran Bretaña autorizando el suministro de métodos anticonceptivos a las menores de 16 años, recomendando obtener -en la medida de lo posible- el consentimiento de sus padres. Ante esta resolución, la Sra. Gillick, madre de 5 hijas que no habían alcanzado los 16 años, solicita a las autoridades que le aseguran que sus hijas no recibirán anticonceptivos sin su autorización. Ante el silencio de la Administración, se presentó en la justicia. La Corte de los Lores, por mayoría, rechazó su petición, argumentando que la competencia o capacidad legal para consentir o negar un tratamiento anticonceptivo no depende sólo de la edad, sino también de la madurez del niño y de su idoneidad para comprender las consecuencias de su decisión. En consecuencia, quienes aun siendo menores de 16 años tengan madurez suficiente para ello pueden, por sí solos -y sin necesidad de contar con la autorización de sus padres- requerir asesoramiento médico y prestar su consentimiento para estas prácticas (Kemelmajer de Carlucci, 2003). El Tribunal Supremo de la ciudad autónoma de Buenos Aires¹¹⁰, resuelve ante el planteo de inconstitucionalidad de la ley 418 de “Salud sexual y procreación responsable”, que la salud reproductiva es un derecho fundamental que titularizan

¹¹⁰ TS, CABA, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la Rep. Argentina y otros c. CABA”, 2003.

los niños y adolescentes más allá de la decisión de sus padres, y en tal sentido es necesario respetar el mejor interés del niño: el Estado no puede dejar que el proceso educativo quede librado al exclusivo arbitrio de los padres. No puede entenderse el ejercicio de la patria potestad como un derecho absoluto, en razón de que la Convención sobre los derechos del niño ha resignificado los conceptos de “patria potestad” y de “capacidad” orientándolos hacia un concepto que quede asociado a la capacidad progresiva en función de la evolución de las facultades del niño.

Esta nueva perspectiva del niño dentro del Estado y la Familia, materializan la tendencia de que la autonomía progresiva no está sujeta a una edad cronológica determinada, sino que en cada caso en concreto habrá que determinar el discernimiento del niño, su madurez intelectual y psicológica, el suficiente entendimiento (Mizrahi, 2005); pero al mismo tiempo la normativa actual nos brinda seguridad jurídica al plantear conjuntamente con las posibilidades de desfraccionamiento etarios, los fraccionamientos en atención a la edad y a los tipos de intervención que se requieren en cuestiones relativas a la salud.

Estos vientos de cambio trascienden en el encuentro clínico de la posmodernidad, visualizándose en el proceso deliberativo no sólo a los profesionales de la salud y a los representantes, sino fundamentalmente a niños- adolescentes, en razón de que el derecho a la salud¹¹¹ es un derecho fundamental y personalísimo que ellos titularizan. Esta manera de concebir la niñez y adolescencia, hace que podamos trasladar a los NNA al centro neurálgico del proceso deliberativo, dependiendo su mayor intervención en atención a su competencia. En este sentido, consideramos pertinente traer a colación un caso resuelto por la Corte Constitucional de Colombia. La madre solicita la intervención quirúrgica para la readecuación de los genitales de la niña que presenta una forma de diversidad corporal, solicitando al juez que le permita autorizar tal intervención, por cuanto los médicos del Instituto de Seguros Sociales (ISS) se niegan a practicar tal operación. Ante la pretensión de la madre, la Corte juzgó que, con miras a

proteger el derecho a la identidad sexual, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad del menor (...) deberá constituirse un equipo interdisciplinario que atienda su caso y brinde el apoyo psicológico y social necesario a la menor y a la madre (...). A este equipo le corresponderá entonces establecer cuándo la menor goza de la autonomía suficiente para prestar su consentimiento informado para que se adelanten las cirugías y los tratamientos hormonales, obviamente si la paciente toma esa opción (Corte Constitucional de Colombia, 2002, p.103 y ss).

En nuestro país, se presentó un caso ante la justicia¹¹², frente un supuesto de

¹¹¹ Art. 14 Ley 26.061

¹¹² Juzgado de 1a instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, C. J. A. y otra - solicitan autorización, 21/09/2007. Cita Online: AR/JUR/5596/2007

transexualidad en el que los padres promueven la acción en representación de su hija de 14 años para la autorización de intervención quirúrgica para adecuar su cuerpo a su identidad de género autopercibida, y cambio de nombre y sexo registrados originariamente. En este precedente se distingue entre capacidad y competencia, requiriéndose “el “consentimiento informado”, tanto de la adolescente como de sus dos padres, el que deberá ser coincidente.

Del análisis expuesto, se desprende que al promoverse la competencia y gradualidad, sólo se podrá privar del ejercicio de estos derechos en la medida en que los niños y adolescentes carezcan de madurez y discernimiento, considerándose que a mayor autonomía, el grado de intervención por parte de la familia y del Estado deben disminuir (pasándose de un humanismo intervencionista a un humanismo cada vez más abstencionista). El concepto de autonomía progresiva aparece como un parámetro de equilibrio

entre el reconocimiento de los niños como protagonistas activos de su propia vida, con la prerrogativa de ser escuchados y respetados y de que se les conceda una autonomía cada vez mayor en el ejercicio de sus derechos, y la necesidad que tienen, al mismo tiempo, de recibir protección en función de su relativa inmadurez y menor edad. Este concepto constituye la base de un apropiado respeto de la conducta independiente de los niños, sin exponerlos prematuramente a las plenas responsabilidades normalmente asociadas con la edad adulta (Lansdown, 2005, p. 9).

Los derechos de NNA pueden contemplarse desde una estructura piramidal, constituida por el derecho al bienestar del niño o el principio de defensa del mejor interés del niño, el derecho a la información, el derecho de expresión y el derecho a la autodeterminación, eslabones que pretenden una conjunción de equilibrio entre los principios bioéticos de autonomía y beneficencia, requiriéndose sólo de un paternalismo justificado ante sujetos incompetentes (Atienza, 1998).

El principio de autonomía progresiva en materia de salud y encuentro clínico toma una relevancia especial, ya que en estos ámbitos es donde podremos contemplar cuál es el grado real de efectivización del mismo. El principio de autonomía, cuyo soporte se encuentra en el respeto de la individualidad y el reconocimiento de la competencia de cada sujeto, se materializa a través del consentimiento informado, que se enarbola como uno de los estandartes del respeto de cada persona en su unicidad.

3. Intersecciones y cruces en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas en cuestiones terapéuticas de NNA

Si bien el código se ha amplificado, las realidades a que debía dar respuesta

terminaron por exorbitarlo (Lorenzetti, 1995, como se citó en Sozzo 2003), visibilizándose esto en el fenómeno de proliferación de leyes especiales que se dictaron durante la vigencia del Código Civil –hoy derogado-, advirtiéndose que muchas de estas fuentes normativas conviven actualmente con el CCyC, con lo cual tendremos que delinear criterios de interpretación y ponderación entre las diversas fuentes existentes.

Por ejemplo, en materia de derechos del paciente, la Ley de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud – 26.529/26742 (Muerte Digna)- prevé dentro de los derechos del paciente el derecho a la autonomía de la voluntad, estableciendo en el inc. e): “Autonomía de la Voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley N° 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud...”.

Así, se contempla la instrumentalización del mismo a través del consentimiento informado (art. 5). Desde una mirada sistémica, esta normativa debe ser integrada con el CCyC que en el artículo 59 de su cuerpo prevé la regulación del consentimiento informado para actos médicos y de investigación en materia de salud. Asimismo, debe realizarse el cruce con el artículo 26 del CCyC que regula los diferentes niveles de actuación de los NNA en el ámbito médico.

El CCyC no deroga la ley 26.529, sino que a través de los arts. 58, 59 y 60, procura regular e incorporar el núcleo duro del derecho a la salud a su cuerpo normativo. De cara al funcionamiento de las normas y su respectiva integración, se advierte que este núcleo duro significa que no se puede proteger menos de lo que protege el CCyC. Consecuentemente, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos —el CCyC y la ley— hay que buscar, pues, la norma más protectoria de los derechos en juego; si es la ley especial, será la ley especial; si es el Código, será el Código (Lamm, 2015).

El principio que emana de la normativa en materia de salud en nuestro país es que ningún acto médico o de investigación en salud puede llevarse a cabo sin el previo, libre e informado consentimiento del paciente. No obstante, de manera excepcional se admite el consentimiento a través del representante ante la imposibilidad absoluta de la persona para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, conforme prevé el CCyC.

Ahora bien, tanto la ley 26.529 y el decreto 1089/1212, como el CCyC precisan los diferentes supuestos que habilitan sustituir la decisión del paciente. No obstante, no hay uniformidad en la regulación. La ley 26.529 aplica el mecanismo de sustitución de la decisión para los casos de: 1) los pacientes con incapacidad, y 2) aquellas personas imposibilitadas de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico. Según el decreto 1089/2012 tienen que ser

sustituídos: 1) los pacientes que no sean capaces de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación; 2) los pacientes incapacitados legalmente; y 3) los pacientes menores de edad.

En tanto, para el CCyC, la decisión puede ser solo por sustitución si el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad (Lamm, 2015). Indica Lamm, que

este criterio —la imposibilidad absoluta del paciente para tomar una decisión— respeta las prescripciones de las convenciones internacionales que obligan a los Estados a suprimir, o limitar al máximo posible, los sistemas de sustitución en la toma de decisión y además, es coherente con la idea misma de competencia, cuya finalidad es ampliar la participación del paciente en la toma de decisiones y no limitarla (Lamm, 2015, p. 144).

Entonces -coincidimos con Lamm (2015)- que “solo por excepción, en circunstancias muy acotadas y en exclusivo beneficio del sujeto, el consentimiento informado puede ser prestado por otra persona que guarda con aquel una relación de afecto humano/familiar que lo habilita a “decidir por” el otro” (p. 144)¹¹³.

En cuanto a los NNA, el CCyC proyecta el artículo 26, manteniendo el principio general de que las personas menores de edad ejercen sus derechos a través de sus representantes, no obstante, las excepciones son de tal trascendencia, que parecen transformarse en la regla de interpretación. De esta manera se precisan diferentes criterios de fraccionamiento y desfraccionamiento en la admisión de la autonomía progresiva en atención a la edad y el grado de madurez de niños y adolescentes, en lo atinente al cuidado del propio cuerpo y de la salud.

Ante la pluralidad de fuentes, traemos a colación la interpretación proyectada por la Resolución 65/2015 del Ministerio de Salud de la Nación respecto del criterio de “invasividad” utilizado por el art. 26, el cual debe leerse como tratamiento de “*gravedad que impliquen riesgo para la vida y riesgo grave para la salud*”. Esto se colige a partir de su ubicación en un listado que no solo califica el término como “invasivo que comprometa el estado de salud” sino que además se lo asocia a tratamientos que “provocan un riesgo grave en su vida o integridad física”. Cabe remarcar que en los dos párrafos del art. 26 en que se menciona el término “invasivo” se lo asocia con el compromiso del estado de salud o el riesgo para la

¹¹³ Observamos también que en muchos de los supuestos se debe judicializar la situación en aras de la mayor proyección de la persona, como prevé por ejemplo la Ley 26.130 (Contracepción quirúrgica) Art. 2 Requisitos. Las prácticas médicas referidas en el artículo anterior están autorizadas para toda persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado. No se requiere consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial, excepto en los casos contemplados por el artículo siguiente. Art. 3. Excepción. Cuando se tratara de una persona declarada judicialmente incapaz, es requisito ineludible la autorización judicial solicitada por el representante legal de aquélla.

vida o integridad física. De esta forma, el cuarto párrafo refiere a “tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.” Y en el quinto, a “tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida”¹¹⁴.

Indica la resolución que la evaluación del riesgo de las prácticas sanitarias debe realizarse con base en evidencia científica. El riesgo de una práctica sanitaria es generalmente definido como la probabilidad de que se produzca un resultado adverso o como un factor que aumenta esa probabilidad. Las prácticas sanitarias que requieren acompañamiento para la decisión en el período entre los 13 y los 16 años, son aquellas en que existe evidencia científica que muestra una probabilidad considerable (alta) de riesgo o se generen secuelas físicas para el NNA y no solo en aquellas que tal consecuencia pudiera existir. Esta probabilidad se mostrará con estudios clínicos, estadísticas sanitarias, y otras fuentes autorizadas y de reconocida calidad. Por otro lado, en aquellos casos en los que sea necesaria la asistencia para el consentimiento del NNA, la interpretación adecuada del término “progenitores” del artículo 26 del CCyC, (según el contenido del artículo 59 del CCyC; ley de derechos del paciente; decreto de la ley de salud sexual) en cuanto se refiera a las prácticas relacionadas con el cuidado del propio cuerpo, debe ser interpretado de forma que permita que las personas que ejerzan, formal o informalmente, roles de cuidado puedan participar y acompañar al NNA en el proceso de consentimiento informado y toma de decisiones sanitarias. Esto por cuanto se trata del ejercicio de un derecho personalísimo como la atención y el cuidado de la salud¹¹⁵. De esta manera, cualquier “allegado” (artículo 59 del CCyC) o referente afectivo (artículo 7 Decreto 415/2006 reglamentaria de la Ley 26.160) podría asistir al NNA en el consentimiento de dichos actos¹¹⁶.

La interacción entre dignidad humana y autonomía, visibiliza que ante supuestos de incompetencia se debe relativizar el principio en procura de una mayor protección de la persona. Esta visión indica la noción de proporcionalidad de la autonomía de la voluntad de cualquier sujeto: ya que en determinados supuestos la persona puede protagonizar y asumir sus decisiones, consintiendo plenamente; en tanto, que ante otras realidades, el camino para la proyección del consentimiento sólo se concibe a través de otra persona que decide y consiente por ella, la que deberán respetar su propia historia personal, sus manifestaciones –escritas, documentadas o verbales-, el marco cultural en que se ha desarrollado su vida (Kemelmajer de Carlucci. Lloveras, 2009).

114 Resolución del Ministerio de Salud de la Nación 65/2015

¹¹⁵ En este sentido se han pronunciado tanto el Comité de Derechos del Niño en su Observación General N° 15 de 2013, en relación con la interpretación de los artículos 5 y 9, para los cuales entiende que se debe equiparar las responsabilidades y derechos de todas las personas que ejercen roles de cuidado ya sean “padres biológicos, adoptivos, de acogida, tutores legales o habituales, y personas con las que el niño tengo una “relación personal estrecha”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° 21.

¹¹⁶ Resolución del Ministerio de Salud 65/2015

Estas situaciones, nos introducen entonces en la cuestión relativa a determinar cuál será la persona que con el mayor grado de legitimidad debe decidir, así como los criterios de acción que deben guiar dicha decisión, cuando estamos ante pacientes incompetentes. Si el paciente ha sido competente en el pasado, volviéndose incompetente en la actualidad, el proceso de decisión podrá encauzarse a través de las denominadas *directivas anticipadas*.

Las directivas anticipadas -o voluntades anticipadas- son expresión de la libertad de elección, permitiendo así que la persona mantenga una cierta medida de autonomía aún en estado de incompetencia. Las directivas anticipadas constituyen la denominada “planificación anticipada de la asistencia sanitaria” (Salinas Pérez, 2010, como se citó en Schiro y Zabalza, 2010), enmarcándose como la

Posibilidad de poder el paciente decidir con anticipación a sufrir una enfermedad grave que lo deje en un estado de salud tal que no pudiera expresar su voluntad, cómo desearía ser tratado en ese supuesto y qué tratamiento estaría dispuesto a aceptar y cuáles no. Como también —análogamente— la de poder designar a un tercero para que, de llegar a encontrarse en la situación señalada (de inconciencia, demencia, etc.) decida en su nombre sobre dichas cuestiones; o, simplemente para que ese tercero interprete su voluntad en caso de duda sobre el alcance de las instrucciones que la persona hubiera previamente dado para el supuesto en cuestión (Sambrizzi, 2005, s/p).

Dentro de las directivas anticipadas nos encontramos con dos grandes tipos generales de directivas médicas: las directivas con instrucciones, esto es, instrumentos formales o informales por medio de los cuales se expresan y conocen los deseos y preferencias del paciente sobre el tratamiento frente a un determinado cuadro médico, las que varían respecto de cuán específicas son y qué interpretación requieren; y las designación de un representante para que, en forma directa, tome las decisiones sobre la continuidad o cese del tratamiento practicado frente un caso de incapacidad, la que puede también estar acompañada por algún tipo de directivas con instrucciones (Schiro y Zabalza, 2010). Tanto la ley 26.529 en su versión original, como la modificación introducida por la ley 26.742, y el CCyC han consagrado el instituto de las directivas anticipadas como proyección de voluntad, encontrándose como único límite de las mismas cualquier práctica que resulte eutanásica¹¹⁷.

El CCyC se integra de manera sistemática con la ley de derechos del paciente, regulando el núcleo duro en esta materia, por lo que ante cualquier divergencia o discrepancia en materia interpretativa habrá que buscar aquella solución que sea

¹¹⁷ En esta línea se inscribe el fallo de la CSJN en causa “Albarricini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”(AR/JUR/21755/2012), en el que se confirmó la sentencia dictada por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires, que había denegado la medida cautelar promovida por el padre del enfermo, mediante la cual pretendía que se le efectúe una transfusión de sangre a pesar de que existía una directiva anticipada del paciente en el sentido contrario.

más protectoria de los derechos en juego, bajo el prisma del principio *pro homine*. La recepción de este instituto se realiza bajo las dos modalidades, ya sea indicando el curso de acción que desea que se continúe según su escala de valores, así como la posibilidad de designar la persona que sea capaz de indicar su voluntad.

En el artículo 11 –de la ley 26.529 sustituido por la ley 26.742¹¹⁸- tiene una regulación más limitada ya que sólo prevé la posibilidad de disponer de directivas anticipadas para consentir o repudiar algún tratamiento, pero no contiene en su texto la posibilidad de designación de una persona o personas que han de expresar su consentimiento para los actos médicos. En consecuencia, esta norma debe coordinarse con el artículo 60 del CCyC que prevé “La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento”.

La posibilidad de designarse a la persona que lo representará y expresará su consentimiento, es de suma trascendencia y utilidad, ya que se abre un importante espectro de posibilidades, permitiendo que decida sobre la salud de la persona en base a su conocimiento real (Lamm, 2015).

El CCyC requiere de la “plena capacidad” para poder otorgar una directiva anticipada, con lo cual dialogando con el art. 26 del mismo cuerpo normativo consideramos que se admite la mayoría anticipada para los actos médico relativos al cuidado de la salud, interpretándose dentro de estos actos la posibilidad de dictar una directiva anticipada. De esta manera se posibilita que adolescentes –a partir de los 16 años- puedan practicar directivas anticipadas, ya que en atención al nuevo ordenamiento normativo se produce un desfraccionamiento respecto del complejo temporal, recogiendo los recortes en 13 y 16 años, según estemos ante tratamientos invasivos o no, y a su vez la consagración de la mayoría anticipada para los actos médicos a partir de los 16 años. Asimismo, esta interpretación de apertura debe realizarse conforme al principio convencional que recepta la autonomía progresiva, haciéndose eco el Código Civil y Comercial.

En cuanto a las intersecciones entre la Ley de Identidad de Género 26743 (LDIG) y el CCyC, partimos del artículo 2 de la ley 26743 que establece que “se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios

¹¹⁸ Art.11 Directivas anticipadas. *Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanasicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante el escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó*

farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

En consecuencia, la persona construye su identidad de género en el mismo instante en que asume su género, ya que no hay identidad previa al sujeto ni tampoco inmutable, sino que hay posibilidad de dispersión en las diferencias de género¹¹⁹. Se advierte la transición hacia un modelo no patologizante de género que trajo consigo la sanción de la ley 26.743¹²⁰, que encarnó un decidido paso del derecho reglamentario argentino en la consolidación de los derechos sexuales como derechos humanos, potenciando la autodeterminación de género de las personas. La LDIG, tal como afirma Viturro, significó un cambio de paradigma respecto de la concepción de las identidades, al pasar del modelo hegemónico a nivel mundial basado en la “patologización”, a un modelo basado en la autodeterminación y en el respeto de los derechos humanos (Viturro Mc Donald, 2013).

La LDIG considera que la identidad de género es la vivencia –interna e individual- del género. No hay definición de género en sí misma sino asociada con la construcción de la identidad que la persona hace mediante su vivencia. Por ende, la identidad en este aspecto, puede estar correspondida por el sexo asignado al nacer o por la vivencia personal del cuerpo o puede prescindir del sexo atribuido¹²¹.

La Resolución 65/2015 parte del criterio de interpretación según el cual ante posibles tensiones entre la LDIG y el CCyC –en lo atinente a la toma de decisiones terapéuticas de NNA-, los procedimientos previstos en la LDIG son constitutivas del cuidado del propio cuerpo (art. 26 último párrafo) en tanto la noción de identidad de género se encarna necesariamente en el sentir autónomo de un cuerpo como propio. La Resolución 65/2015 considera que el criterio de “invasividad” equivale a tratamientos de “gravedad que impliquen riesgo para la vida o riesgo grave para la salud”, con lo cual, se interpretará que los tratamientos, terapias, prácticas o intervenciones de modificación corporal relacionada con la identidad autopercebida, sólo serán considerados “invasivos que afecten la salud”, en el caso de que la evidencia científica muestre que existe riesgo de afectación grave del estado de salud general de la persona, es decir de resultar consecuencias lesivas o no deseadas que resulten graves para la salud o la integridad de la persona

En virtud de lo expuesto, conjugando las distintas fuentes, de acuerdo al art. 26 CCyC, corresponde interpretar que a partir de los 16 años el adolescente es equiparado a un adulto para las decisiones de cuidado de su propio cuerpo, pudiendo peticionar los procedimientos que habilita a la LDIG, prescindiendo de los requisitos previstos en el art. 11 (terapia de hormonación e intervenciones quirúrgicas de modificación corporal y genital) hacen a la vivencia sentida del género. En consecuencia, sólo aquellas prácticas que sean reputadas “invasivas que

¹¹⁹ Resolución 65/2015

¹²⁰ Mayo del 2012.

¹²¹ Resolución 65/2015

ponen en riesgo la salud”, deben requerir que los adolescentes entre 13 y 16 años sean asistidos por quienes ejercen sus roles de cuidado¹²².

4. Reflexiones finales

Cada uno de los recorridos existenciales, observa la temporalidad y los diferentes fraccionamientos que se suscitan en su transcurrir, en atención a las diversas etapas de la vida, visibilizándose los continuos retos que se suscitan en el mundo jurídico, exigiéndose en aras de la personalización de cada sujeto, el constante respeto por su autonomía, tanto en el devenir como en la constitución y construcción de su propia identidad. Dentro de este quehacer y en atención a las particularidades de cada persona, se pueden proyectar diversos regímenes de justicia, basados en un paternalismo justificado, o bien en un humanismo abstencionista, cuya meta o eje sea la persona y el desarrollo de su humanidad (Goldschmidt, 1984). La construcción y aspiración de cada régimen de justicia no es aislado, sino que está inmerso en los diversos escenarios históricos, requiriéndose de una labor legislativa que capte las vigentes coyunturas sociales en aras de concretar respuestas jurídicas que se *aggiornen* a los criterios de valor imperantes en la actualidad. Por ello, el nuevo marco tuitivo, pretende tener como principales protagonistas la diversidad y el pluralismo, instando al operador jurídico al análisis interdisciplinario¹²³ de las diferentes situaciones que se presentan en virtud de la complejidad humana.

Referencias bibliográficas

Atienza, Manuel (1998). “Juridificar la Bioética”, *Isonomia*, N°8, 1998., pp. 75-99.

Famá, María Victoria (2007). “Vivir y dejar morir...”. El Derecho a la Muerte Digna de Niños y Adolescentes: Alcances y límites del ejercicio de la responsabilidad parental, *Derecho de Familia: revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 2007- I, pp. 155.

Famá, María Victoria (2012). “Autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones sobre su propio cuerpo”, *Derecho de Familia: revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, N° 57, pp. 5-29.

Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa (2007). *Ley de*

¹²² Resolución 65/2015

¹²³ La bioética implica un nuevo dialogo interdisciplinario, que aspira a convertirse en transdisciplina. Mientras la multidisciplinaria ofrece diversos enfoques sobre una misma cuestión, un enfoque interdisciplinario genera relaciones de reciprocidad entre las diversas disciplinas involucradas que conlleva a una verdadera integración de saberes (Hoofft, 2004)

Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia, Buenos Aires: Ediar.

Gil Domínguez, Andrés, Famá, María Victoria y Herrera, Marisa (2006). *Derecho Constitucional de Familia*, Buenos Aires: Ediar.

Goldschmidt, Werner (1984). *El Principio Supremo de Justicia*, Buenos Aires: Belgrano.
Herrera, Marisa (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti, T. IV, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Hooft, Pedro (2004). *Bioética y Derechos Humanos*, 2º ed., Buenos Aires: Lexis Nexis Depalma.

Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lloveras, Nora (2009). “Personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento”, en Casado María (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Pamplona: Ed. Civitas.

Kemelmajer de Carlucci, Aída (2003). El derecho del niño a su propio cuerpo, en Bergel-Minyersky (coord.), *Bioética y Derecho*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Kemelmajer de Carlucci, Aída (2010). “Dignidad y Autonomía progresiva de los niños”, *Revista de Derechos Privado y Comunitario*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

Lamm, Eleonora (2015). “Comentario del artículo 59”, en Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián (direct.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires: Infojus.

Lansdown, Gerison (2005). *La evolución de las facultades del niño*, N° 11, Florencia; UNICEF. En <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>. Extraído el 3/5/2021.

Lloveras, Nora y Salomon, Marcelo (2009). *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires: Universidad.

Lovera Parmo, Domingo A. con la colaboración de Coddou Mc Manus, Alberto (2009). “Niño, adolescente y derechos constitucionales: de la protección a la autonomía”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 11, pp. 11-54.

Minyersky, Nelly (2007). “Capacidad progresiva de los niños en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño”, en Grosman, Cecilia P. (direc.) y Herrera, Marisa (coord.), *Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y países asociados*, Buenos Aires: Lexis Nexis.

Minyersky, Nelly (2009). “Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo”, *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 43, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Mizrahi, Mauricio L. (2005). “Los derechos del niño y la ley 26.061”, *La Ley* 16/12/2005, 1.

Sambrizzi, Eduardo A. (2005). “Las directivas previas emitidas con la finalidad de rehusar la práctica futura de ciertos actos médicos”, *La Ley* 2005-E, 451. Cita Online: AR/DOC/2667/2005.

Schiro, María Victoria y Zabalza, Guillermina (2010). “Fraccionamientos y desfraccionamientos del valor verdad en los criterios de toma de decisiones terapéuticas y disposiciones anticipadas”, *Revista Cartapacio de Derecho*, Vol. 19, pp, 1-24. En <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1229/1494>. Extraído el 4/5/2021.

Sozzo, Gonzalo (2003). “¿Es Tan Importante Recodificar? (Codificación Revisited)”, *Revista De La Facultad De Ciencias Jurídicas Y Sociales*. Nueva Época, 1(1), pp. 83-112. En <https://doi.org/10.14409/ne.v1i1.146>. Extraído el 3/5/2021.

Legislación

Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 08/10/2014

Ley 26.061. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 26/10/2005

Ley 26.130. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 29/08/2006

Decreto Reglamentario 415/2006. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 18/04/2006

Ley 26.529. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 20/11/2009

Ley 26.742. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 24/05/2012

Resolución 65/2015. Ministerio de Salud de la Nación. Publicada en el Boletín Oficial de la Nación el 08/01/2016.

Ley 26.743. Boletín Oficial de la República Argentina. Buenos Aires. 24/05/2012

Jurisprudencia

TS, CABA, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la Rep. Argentina y otros c. CABA”, 2003.

Corte Constitucional de Colombia, 12/05/99, *Revista Justicia y Derechos*, N° 4, UNICEF, Buenos Aires, 2002, pp.103 y ss.

Juzgado de 1a instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de Villa Dolores, C. J. A. y otra - solicitan autorización, 21/09/2007. Cita Online: AR/JUR/5596/2007

CSJN, “Albarricini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias” (AR/JUR/21755/2012)

Otras fuentes

Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación general N° 15 sobre el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 24).

Recuperado de

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler>.



CARMEN CECILIA DIZ MUÑOZ

GUILLERMINA ZABALZA

IRIS FIDELINA FLORES DE ARÉVALO

KARLA MARINA CRIOLLO MENDOZA

MARÍA VICTORIA SCHIRO

MARIO ERNESTO JUÁREZ ESCOBAR

MAURICIO ANDRÉS GALLO CALLEJAS

SIMÓN FARITH



EDITORIAL
AZUL

ISBN 978-950-9516-56-4



9 789509 516564