



TRABAJO PARA OPTAR AL GRADO DE MAESTRA EN:  
**MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA**

**“EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y SU CUMPLIMIENTO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DE LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL DEPARTAMENTO DE SAN MIGUEL, EL SALVADOR, EN LOS AÑOS 2019 AL 2020.”**

PRESENTADO POR:

Licda. Alba Cristabel Argueta de Rivera  
Licda. Evelyn Eloísa Bonilla Orellana  
Licda. Gissel del Rosario Quintanilla Martínez

ASESOR:

MSC. Omar Exequiel Posada Portillo

EL SALVADOR, SAN MIGUEL, JULIO DE 2021.

**Lic. José Salvador Alvarenga Rivera**  
**Rector**

**Dra. Diana Jiménez de Contreras**  
**Vice-Rectora**

**MDF. Napoleón Alberto Ríos-Lazo Romero**  
**Fiscal**

## **AGRADECIMIENTO**

A DIOS, por prestarme vida hasta hoy, permitir todos los medios necesarios para que esta meta fuera posible.

A MIS PADRES, Fidel Argueta y Marcela Garay, por su amor comprensión e impulso para seguir formándome.

A MI ESPOSO, Geofredo Rivera, por todo su apoyo, comprensión y acompañamiento realizado en toda esta etapa.

AMIS HIJAS, Zaira Giselle y Ashley Dariana, por su amor, ternura y comprensión en este proceso, quienes me motivan cada día para alcanzar mis metas.

A MIS HERMANOS, Benjamín, Noel, Ángel y Samuel, por su cariño, apoyo y confianza en mis proyectos.

A MIS COMPAÑERAS DE TESIS, Gissel y Evelyn, a quienes conocí en este proceso he compartido importantes momentos, gracias por su amistad, comprensión, apoyo y dedicación que permitió culminar con la tesis.

A MIS FAMILIARES Y AMIGOS, por la motivación y comprensión de diferentes formas, que contribuyeron para que el proceso fuera más liviano.

AL ASESOR, MSC. Omar Exequiel Posada, por su apoyo y compartir sus conocimientos en este proceso.

**ALBA CRISTABEL ARGUETA DE RIVERA**

## **AGRADECIMIENTO**

A Dios todo Poderoso primeramente.

Por haberme permitido llegar hasta este punto y haberme dado salud para lograr mis objetivos, además de su infinita bondad, amor y por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente.

A mis Padres. Teresa Orellana Vda. de Bonilla y José Porfirio Bonilla de grata recordación. Por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido ser una persona de bien, pero más que nada, por los ejemplos de perseverancia y constancia que los caracterizan y que me ha infundado siempre, por el valor mostrado para salir adelante y por su amor incondicional.

A mis familiares. A mis hermanas y hermanos, por ser ejemplos de los cuales he aprendido aciertos y de momentos difíciles también, sobre todo de seguir adelante en busca de mis metas y sueños, a mi prometido Ermis Hernández, una persona especial, que siempre ha estado ahí apoyándome, dando palabras de FE, animo, fortaleza, comprensión, a mi abuela Eloísa Ordoñez, por ser un pilar fundamental en nuestras vidas y una bendición de Dios y a todos aquellos que participaron directa o indirectamente en la elaboración de esta tesis. ¡Gracias a ustedes!

A nuestro asesor.

Por su gran apoyo y motivación para la culminación de nuestra Maestría, quien marcó cada etapa de nuestro camino y sus asesorías fueron un éxito.

A mis compañeras de tesis. Gissel y Cristabel, mi equipo de trabajo que durante todo este tiempo hicieron su mayor esfuerzo, dedicación y empeño para que este proceso fuese todo un éxito.

A mis amigos. Que nos apoyamos mutuamente en nuestra formación profesional, como compañeros, colegas y que hasta ahora, seguimos siendo amigos. Finalmente, a los amigos de trabajo, de infancia, del medio social, aquellos que marcaron cada etapa de nuestro camino de Maestría y que siempre estuvieron ahí, dando sus palabras de fortaleza, ánimos, y sus oraciones, para la elaboración de la tesis.

**EVELYN ELOÍSA BONILLA ORELLANA**

## **AGRADECIMIENTO**

El presente trabajo de tesis se lo dedico a Dios todopoderoso por darme la sabiduría.

A mis padres: Rodolfo Quintanilla y Elizabeth de Quintanilla por motivarme a salir adelante, por su amor, comprensión e incondicional ayuda. Por estar siempre para animarme.

A mis hermanas: Elena y Marianela por su apoyo y paciencia en todo este proceso. Por ser mi ejemplo a seguir y por creer en mí.

A mis compañeras de tesis: Cristabel y Evelyn, con quienes he tenido el gusto y la fortuna de compartir este proceso de aprendizaje. Gracias por su esfuerzo y por la experiencia. Gracias por su amistad.

A mis amigos: por sus ánimos y su apoyo siempre, por sus palabras de ánimo y por creer en mí. A la familia Fuentes Ayala por su valiosa ayuda y por estar siempre. A Dinora Ulloa por sus ánimos. A mis compañeros, que se convirtieron en amigos y amigas, gracias por todo.

Un especial agradecimiento al Lic. González por la incondicional ayuda y ánimo que nos brindó en todo el proceso.

Al Lic. Paz por su valiosa ayuda.

A mi asesor: por su apoyo y paciencia.

**GISSEL DEL ROSARIO QUINTANILLA MARTÍNEZ**

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>1.2 DELIMITACIÓN</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>1.4 JUSTIFICACIÓN</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>1.5 OBJETIVOS</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>1.6 HIPÓTESIS</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>CAPITULO II: MARCO TEÓRICO</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.1 BASE CONCEPTUAL</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.2 ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DEL NIÑO..</b>	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.3 ANTECEDENTES DEL DIVORCIO</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.4 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE PROTECCIÓN HACIA LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL SALVADOR</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.5 FUNDAMENTOS EN LOS QUE SE SUSTENTA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A FAVOR DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.</b>	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.6 NATURALEZA JURÍDICA DE DERECHOS DEL NIÑO</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.7 FACTORES SOCIALES DEL DIVORCIO Y EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS.</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.8 LA PAUTA DE PROGRESIVIDAD</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.9 EL DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A SER OÍDO.</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.11 EI DIVORCIO</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.12 PROTECCIÓN LEGAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.13 RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y GARANTÍAS A LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA.</b> ....	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.14 PROTECCIÓN LEGAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES.</b> ..	¡Error! Marcador no definido.
<b>2.15 DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN CON LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN PROCESOS JUDICIALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>CAPITULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.</b> .....	¡Error! Marcador no

definido.

<b>3.1 TIPO DE ESTUDIO</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>3.2 MÉTODO</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>3.3 POBLACIÓN Y MUESTRA</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>3.5 ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>CAPÍTULO IV: PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>4.1 ANALISIS DE ENTREVISTA PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN PROCESOS DE DIVORCIO DE SUS PROGENITORES.</b> ¡Error!	Marcador no definido.
<b>4.2 ANALISIS E INTERPRETACION DE ENTREVISTA PARA PSICÓLOGOS.</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>4.3 REVISIÓN DE EXPEDIENTES</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>4.4 ANALISIS E INTERPRETACION DE ENUNCIADO DEL PROBLEMA, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS. ENUNCIADO DEL PROBLEMA Y SOLUCIÓN.</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>4.5 VERIFICACION DE HIPOTESIS</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>4.6 LOGRO DE OBJETIVOS</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>CAPÍTULO V: CONCLUSIONES /RECOMENDACIONES Y/ PROPUESTA.</b> .¡Error!	Marcador no definido.
<b>5.1 CONCLUSIONES</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>5.2 RECOMENDACIONES</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>5.3 PROPUESTAS</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA</b> .....	¡Error! Marcador no definido.
<b>ANEXOS</b> .....	¡Error! Marcador no definido.

## **ABREVIATURAS Y SIGLAS UTILIZADAS**

**LEPINA:** Ley de Protección Integral de la Niñez de Adolescencia.

**ART./ARTS:** Artículo/Artículos.

**CC:** Código Civil.

**CDN:** Convención sobre los Derechos del Niño.

**CF.** Código de Familia.

**CN:** Constitución de la República de El Salvador.

**CRC:** Comité de los Derechos del Niño.

**DDHH:** Derechos Humanos.

**LIT./LITS:** Literal/Literales.

**LPrF:** Ley Procesal de Familia.

**NNA:** Niño, Niña y Adolescente.

**PAG:** Página.

**PGR:** Procuraduría General de la República.

**PP:** Principio.

**S.F.:** Sin fecha.

**SIG:** Siguiente.

## INTRODUCCIÓN

El propósito de esta investigación es conocer si en la práctica, en los procesos de divorcio los niños, niñas y adolescentes son partícipes del Derecho a ser escuchados y se les toma en cuenta, o se resuelve de acuerdo a las solicitudes realizadas por sus progenitores, lo anterior resulta importante considerando que luego de la disolución del matrimonio los niños niñas y adolescentes tienen que experimentar diferentes cambios, lo que en la práctica afecta en diferentes ámbitos, consecuencias que tienen que afrontar en muchas de las ocasiones sin que hayan sido escuchados o dado su opinión al respecto.

Será de importancia conocer durante este proceso si los niños, niñas y adolescentes son escuchados, la forma en que se está desarrollando permitirá identificar el grado de cumplimiento de este derecho con la regulación en leyes especiales y de la legislación nacional. Por otra parte, conocer si el derecho se escucha se realiza en todos los procesos de divorcio o tiene mayor aplicabilidad en algunos procesos.

A partir de ese problema la necesidad de investigar si en la práctica los Juzgados de Familia hacen efectivo el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en los respectivos procesos, considerando que con relación al derecho de opinar y ser oído es necesario tomar en cuenta lo establecido en La Convención sobre los Derechos del niño y las recomendaciones que se han hecho en la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del niño.

A través de nuestra investigación realizaremos un estudio de ciertas disposiciones legales contenidas en la LEPINA, específicamente, lo que se establece en el art. 94, la Convención sobre los Derechos del Niño art. 12 y la Observación General 12 del Comité de los Derechos del Niño, el cual se conocerá si es aplicado el Derecho de ser escuchado de los niños niñas y adolescentes en los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel, la importancia de este estudio radica en determinar si en los procesos de divorcios contenidos en el art. 106 del Código de Familia, se da el mecanismo efectivo para garantizar el derecho de ser escuchado de los niños niñas y adolescentes.

La investigación está estructurada en cinco Capítulos que reúnen los resultados teóricos y empíricos del proyecto de investigación que se desglosa de la siguiente forma:

En el Capítulo I, se presenta el proyecto de la investigación, que comprende la Situación Problemática, Delimitación donde se conoce los alcances y limitaciones que se presentaron en la realización del trabajo llegándose a establecer el enunciado del

problema. Así también la Justificación de la Investigación, y los Objetivos que son los puntos de referencia en el desarrollo de la investigación y las hipótesis cuya comprobación se realizó a través de los respectivos capítulos e investigación de campo.

El Capítulo II, desarrolla los antecedentes, donde se encuentra establecida la historia en la que se encuentra la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, la historia del divorcio y sus efectos en los niños niñas ya adolescentes, donde se contempla ciertas normativas a nivel nacional e internacional, para favorecer a la niñez en la protección del derecho de participación.

El Capítulo III, ha sido estructurada la Metodología de la investigación, donde se establece el tipo de estudio que se realizó, el método con que se llevó acabo el estudio de campo, el tipo de población y muestra, y los instrumentos para recabar la información para sustentar la investigación.

El Capítulo IV, se denomina Análisis e interpretación de resultados donde se presentan cada uno de los instrumentos con la información recabada donde se desarrolla el análisis e interpretación de resultados.

El Capítulo V, se desarrolla las conclusiones/recomendaciones y propuesta a las que se llegaron después de una extensa labor investigativa por parte del equipo de trabajo, procurando con esto establecer si se cumple el derecho de participación de los niños niñas y adolescentes en los procesos de divorcios en los Juzgados de Familia de la Ciudad de San Miguel El Salvador.

# **CAPÍTULO I: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

## **1.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La situación de la niñez en general ha experimentado cambios paradigmáticos, pasando de la situación irregular hasta llegar al modelo de protección integral, modelo enmarcado en la protección de Derechos Humanos de la niñez y Adolescencia, en donde pueden gozar de manera efectiva y sin discriminación de sus derechos, cambio que en el Salvador surge con la entrada en vigencia de La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

En esta nueva visión surge el derecho a opinar y a ser oído como un principio general de la Convención, y así lo afirmó el Comité de los Derechos del Niño en su primer periodo de sesiones en 1991 al establecer que cuatro eran los principios generales de la Convención: La no discriminación (artículo 2), el interés superior del niño (artículo 3), el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo (artículo 6) y el respeto a la opinión del niño (artículo 12).

Qué efectos jurídicos, sociales, individuales, familiares, afectivos produce en el ejercicio de los demás derechos de las niñas, niños y adolescentes el cumplimiento o no de su derecho a participar y que se tomen en cuenta sus opiniones en los procesos de divorcio de sus progenitores. En el Código de Familia existen diferentes procesos en los que se escucha a los niños, entre los cuales se pueden mencionar: procesos de alimentos, cuidados personales, divorcios, entre otros.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta se vincula estrechamente y debe ser interpretado en consonancia con otros dos importantes principios consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño, constituyéndose en la práctica en elementos necesarios, sino indispensables para su plena configuración en el caso concreto, se refiere al principio del Interés Superior del Niño consagrado en el artículo tercero y el principio de la autonomía progresiva, recogido en el artículo quinto de la citada Convención sobre los Derechos del Niño.

Que, con relación a este derecho tan importante de los niños, niñas y adolescentes, en la práctica se visualiza que por diversas razones el mismo no se ve efectivizado cuando en procesos como el de divorcio en sus tres motivos, no se hace efectivo el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes por diversas razones y se resuelve de

acuerdo a las solicitudes de los adultos sin que esta población vulnerable pueda ser informada del resultado de las sentencias.

La importancia de escuchar a los niños, niñas y adolescentes resultan necesarias para conocer la situación particular de cada caso en concreto, para que el juzgador pueda conocer si la solicitud de los progenitores apoyado por los profesionales que los representan está en sintonía con las necesidades de los niños, niñas y adolescentes, situación que está en sintonía con la realización de estudios sociales apoyados con los profesionales de los equipos multidisciplinarios adscritos a los juzgados de familia.

Lo anterior considerando los Derechos derivados que surgen a partir de un divorcio donde existen niños, niñas y adolescentes, y se necesita poner en práctica este Derecho de ser escuchado para que se pueda conocer si las pretensiones planteadas están de acuerdo a las necesidades que los niños, niñas y adolescentes, que tienen las posibilidades de los progenitores, o si por el contrario con el ánimo de disolver el vínculo matrimonial, se han realizado acuerdos en los que se ponen en desventaja los derechos derivados para los niños, niñas y adolescentes.

Existiendo en la ciudad de San Miguel cuatro Juzgados de Familia, se verificará si en todos ellos se cumple el Derecho a ser escuchados o si se realiza solo en algunos, así como también conocer si se hace efectivo solamente en algunos motivos de divorcio, lo que dará la pauta para identificar si se da cumplimiento a las recomendaciones de la Observación General N° 12 relacionado al Derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado de la Convención Sobre Los Derechos del Niño.

## **1.2 DELIMITACIÓN**

### **1.2.1 ALCANCES**

Se toma como muestra los procesos de divorcio de los cuatro Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel, para estudiar si se desarrolla este derecho y si se siguen las recomendaciones de la Observación General N° 12. El aporte que se realizará es visibilizar la participación de los niños, niñas y adolescentes cumpliendo con las condiciones óptimas para su interés superior, tomado en cuenta el principio de corresponsabilidad.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes a opinar libremente en todos los asuntos que les afecten, así como el análisis de los procesos de divorcio por sus tres motivos, de los cuales se hará una comparativa, para ello se revisarán las sentencias emitidas por los Juzgados de Familia de la Ciudad de San Miguel.

En cuanto al ejercicio y las dimensiones de este derecho, se hará un desarrollo teórico tomando como base la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, y como la efectiva aplicación de este derecho podría cambiar la realidad socio jurídica de los niños, niñas y adolescentes, en consecuencia, origina un cambio en la perspectiva que se tiene de la niñez y la adolescencia.

El trabajo se enfoca en los puntos en los cuales el derecho a ser escuchados de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de divorcio por mutuo consentimiento producirá sus efectos legales para la protección de la niñez y la adolescencia.

### 1.2.2 LIMITACIONES

No se analiza únicamente de forma teórica el Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados, porque dentro del proceso los niños niñas y adolescentes, no solo tienen este derecho y a que se tome en cuenta lo opinado, si no se opinó, si se motivó las circunstancias por las cuales no se hizo, lo anterior se analiza porque dentro del derecho de participación también se incluyen otros derechos, que resulta necesario investigar si se ejercen como por ejemplo: el derecho de conocer el resultado de las sentencias resueltas a partir de la solicitud de sus progenitores, el de petición, el de acceder a la información del expediente, al de ser asesorado por un abogado o abogada, al de recurrir cuando la sentencia es adversa a sus intereses o incluso al de solicitar la invalidez de lo actuado si no se le ha escuchado.

Algunas de las limitaciones que se tuvieron al momento de realizar la investigación de campo fue que no se pudo acceder a la totalidad de expedientes solicitados, que era que cada juzgado de Familia de la ciudad de San Miguel, proporcionara el diez por ciento de los expedientes en donde se hubieran escuchados a los niños, por cada una de las motivos de divorcio, en el periodo comprendido de enero de 2019 a enero de 2020, pero esa solicitud en esos términos solamente fue puesta a disposición por el Juzgado Tercero de Familia de la ciudad de San Miguel, los Juzgados Primero, Segundo y Cuarto de Familia solamente proporcionó la cantidad de diez expedientes cada uno, debido a que se limitó la cantidad de expedientes solicitados, el resultado obtenido corresponde a la muestra a la cual tuvimos acceso.

Con la realización de entrevistas a los niños niñas y adolescentes, se presentaron varios obstáculos para su realización en primer lugar por la emergencia sanitaria de COVID 19, que presenta nuestro país se hizo difícil poder recopilar toda la información porque en algunos casos los niños no deseaban hacer uso de su derecho de opinión y en otros no se obtenía el permiso del progenitor para que el niño niña y adolescentes brindara la información, por lo que se lograron realizar dos entrevistas una de un niño de siete años, y otra de un adolescentes de 13 años de edad.

### **1.3 ENUNCIADO DEL PROBLEMA**

¿Cuál ha sido el cumplimiento sobre el derecho de escucha de los niños, niñas y adolescentes cuando se tramitan los divorcios por sus tres motivos en los Juzgados de Familia de la Ciudad de San Miguel, en los años 2019 a 2020?

## 1.4 JUSTIFICACIÓN

En nuestro país, la doctrina muestra que el estudio de las instituciones jurídicas relacionadas con el Derecho de familia es poco, debido a que la normativa es relativamente reciente, ya que fue a partir del año mil novecientos noventa y cuatro, que el Derecho de Familia se separa del derecho privado y en consecuencia de su regulación en el Código Civil y pasa a formar parte del Derecho Social.

En relación a la niñez, ha sucedido similar circunstancia, que no obstante, El Salvador haber ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño, desde el veintisiete de abril de mil novecientos noventa, fue hasta el dieciséis de abril de dos mil diez, que entra en vigencia la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Ley especial que reconoce al niño, niña y adolescente el derecho a opinar y ser oído, de ahí la importancia de investigar si en los procesos de familia, específicamente en el divorcio en sus tres motivos, los niños, niñas y adolescente son escuchados de acuerdo al ejercicio progresivo de sus facultades.

En esta dinámica de conflicto familiar, los niños, niñas y adolescentes suelen ser los más afectados en relación a sus derechos, por ende se considera relevante estudiar esta problemática para identificar si en los procesos judiciales relacionados con los divorcios, los juzgadores están haciendo efectivo el derecho de escucha de los niños, niñas y adolescentes en todos esos procesos que les afectan, dado que son parte de un núcleo familiar que al romperse también los mismos tienen que enfrentar algunas consecuencias y acostumbrarse a vivir en otras condiciones.

Conociendo esta problemática y la forma en que este derecho de ser oído y escuchado se efectiviza, mediante la investigación de campo se proyecta realizar una especie de protocolo en donde pueda documentarse una guía a seguir en los procesos en donde se puedan seguir algunos pasos para que los niños, niñas y adolescentes puedan ser tomados en cuenta en relación al derecho en referencia y de esa forma tomar siempre en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes en cualquier proceso de divorcio que se realice, herramienta que serviría a los administradores de justicia y que además contribuiría a la niñez y adolescencia de nuestro país.

## **1.5 OBJETIVOS**

### **1.5.1 Objetivo General**

Identificar si en la práctica se da cumplimiento al Derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los procesos de divorcio en los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel.

### **1.5.2 Objetivos Específicos**

1. Conocer cuál es el procedimiento que se utiliza en los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel para dar cumplimiento al derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en los procesos de divorcio de sus progenitores.

2. Verificar si en los procesos de divorcio se les hace saber a los niños, niñas y adolescentes el resultado de las sentencias que se resolvieron a sus progenitores y las alternativas procesales habilitada.

## **1.6 HIPÓTESIS**

La participación de las niñas, niños y adolescentes en los procesos de divorcio de los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel incide en el cumplimiento de sus demás derechos derivados de la responsabilidad parental de sus progenitores.

## CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

### 2.1 BASE CONCEPTUAL

**ADOLESCENCIA:** es un periodo de desarrollo biológico, psicológico, sexual y social inmediatamente posterior a la niñez y que comienza con la pubertad. Es un periodo vital entre la pubertad y la edad adulta, su rango de duración varía según las diferentes fuentes y opiniones médicas, científicas y psicológicas, generalmente se enmarca su inicio entre los 12 y 13 años, y su finalización a los 18 años de edad. (Falke, 2020)

**FAMILIA:** Grupo de personas formado por una pareja (normalmente unida por lazos legales o religiosos), que convive y tiene un proyecto de vida en común, y sus hijos, cuando los tienen. (Roche, 2006)

**INFANCIA:** La infancia o niñez es un término amplio aplicado a los seres humanos que se encuentran en fases de desarrollo comprendidas entre el nacimiento y la adolescencia o pubertad. (Evans, 1997)

**DIVORCIO:** Del latín *divortium*, del verbo *divertere*, separarse, irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos. Ello señala ya una distinción fundamental entre divorcio y nulidad de matrimonio en que no cabe hablar de disolución, por no haber existido jamás legalmente, a causa de impedimentos esenciales e insubsanables. (Barret, 2016)

**DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR:** La Doctrina de la Situación Irregular consideraba confusamente al **niño** como objeto de protección-represión, y además, la estigmatización del menor era un componente inherente a ella, pues utilizaba expresiones o términos como "menor de conducta **irregular**". (Melara, 1997)

**OPINAR:** Formar o tener una persona su opinión sobre una cosa aunque no tenga ni idea, él siempre opina. juzgar, pensar. (Habermas, 1962/19986)

**NIÑEZ:** Edad o período de la vida humana que comprende desde el nacimiento hasta los siete años, época en que comienza el uso de razón. Niñería o proceder infantil. Primeros tiempos de algo. (v. Infancia.)

**PARTICIPACION:** Parte. Intervención. Comisión. Comunicación, aviso o información. ant. Trato, relación. (escolástica-cristiana.)

**PROCESO JUDICIAL:** El proceso judicial es el conjunto de trámites o actos realizados ante una autoridad judicial para resolver un conflicto entre varias partes aplicando la ley vigente. (Real Academia Española)

**PROTECCIÓN:** Acción de proteger o impedir que una persona o una cosa reciba daño o que llegue hasta ella algo que lo produzca. (Real Academia Española)

**PROTECCIÓN INTEGRAL:** se define como “el reconocimiento (de todos los niños, niñas y adolescentes) como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

## **2.2 ANTECEDENTES DE LOS DERECHOS DEL NIÑO**

En este capítulo se abordarán los antecedentes de los derechos del niño y el divorcio, se iniciará con el desarrollo de los derechos del niño, hay que recordar que el interés por educar y criar a los niños es tan antiguo como la historia, pero las ideas sobre cómo hacerlo y las prácticas de crianza han sido muy diferentes en distintos momentos históricos. También desde siempre ha habido una tendencia a dividir el curso de la vida en etapas o periodos, desde el nacimiento a la muerte. La forma de dividir estos periodos tenía que ver con la concepción dominante de cada sociedad y momento histórico. Por ejemplo, parece que en la Antigüedad y la Edad Media no se reconocía la infancia como etapa con sus propias características y cualidades, y hasta el S. XVII no hubo un sentimiento de la infancia (al menos, tal y como lo entendemos actualmente).

### **2.2.1 Grecia y Roma**

Es en Grecia donde nace el concepto de educación liberal y de desarrollo "integral" de la persona (cuerpo-mente). En el periodo subsiguiente, hasta la edad de 5 años, tiempo en que todavía no es bueno orientarlos a un estudio ni a trabajos coactivos a fin de que esto no impida el crecimiento, se les debe, no obstante, permitir bastante movimiento para evitar la inactividad corporal; y este ejercicio puede obtenerse por varios sistemas, especialmente por el juego.

La mayoría de los juegos de la infancia deberían ser imitaciones de las ocupaciones serias de la edad futura. En la Grecia clásica se defiende la necesidad de que los ciudadanos varones se escolaricen, primero recibiendo una instrucción informal (hasta pubertad: leer, escribir, educación física), después, una instrucción formal: literatura, aritmética, filosofía, ciencia.

En Roma, pierde relevancia la educación liberal y hay mucha menos atención a la educación física y el deporte. El objetivo de la educación es formar buenos oradores. Acceden a la educación los ciudadanos libres. Hasta los 12 años, las escuelas eran mixtas y, a partir de esa edad, el destino de niños y niñas se separaba (como el de ricos y pobres). Sólo proseguían estudios los varones de familias acomodadas y,

excepcionalmente, alguna chica con un preceptor (ello dependía exclusivamente de la voluntad de su padre). Pero por lo general, el que la mujer estudiara filosofía o similares contenidos se consideraba una senda “peligrosa”, “próxima al libertinaje”.

### **2.2.2 Cristianismo y Edad Media**

Para Grecia y Roma, la institución social más importante y la encargada de la educación era el Estado. Durante la Edad Media, por influencia del cristianismo, es la iglesia (controla tanto la educación religiosa como la seglar). A lo largo de la Edad Media desaparece por completo la idea de educación liberal. No se trata ya de formar a “librepensadores” sino que el objetivo de la educación es preparar al niño para servir a Dios, a la Iglesia y a sus representantes, con un sometimiento completo a la autoridad de la Iglesia. Se elimina la educación física ya que se considera que el cuerpo es fuente de pecado.

El niño es concebido como homúnculo (hombre en miniatura) no hay evolución, cambios cualitativos, sino cambio desde un estado inferior a otro superior, adulto Tomás de Aquino. Todo ello se refleja en la frase siguiente: "Sólo el tiempo puede curar de la niñez, y de sus imperfecciones". Por tanto, el niño debe ser educado para ser "reformado".

### **2.3 ANTECEDENTES DEL DIVORCIO**

El divorcio se ha manifestado a lo largo de la historia bajo formas muy diversas. Dependiendo de la época y de cada cultura en particular, ha asumido formas y producidos efectos diversos, pero siempre ha estado presente en casi todos los órdenes jurídicos. Tanto el matrimonio como el divorcio han tenido una evolución histórica, doctrinal y legislativa que se ha visto sacudida por los movimientos políticos y sociales de los países, especialmente a finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX. En el lenguaje común la palabra divorcio contiene la idea de separación. Etimológicamente el divorcio significa las sendas que se apartan del camino, y en sentido metafórico divorcio es la separación de cualquier cosa que está unida.

Gramaticalmente divorcio significa separación, divergencia. Disolución de un matrimonio válido pronunciada por un tribunal. Desde el punto de vista jurídico, equivale a la disolución legal del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. Divortium se deriva del latín divertere, que significa irse cada uno por su lado, este

nombre de la separación de las voluntades del hombre y la mujer, a diferencia de las que tenían cuando se unieron. Para Planiol y Ripert, el divorcio es la ruptura del matrimonio válido, en vida de los dos esposos. Difiere a su vez de la separación de cuerpos, ya que ésta solamente debilita los lazos conyugales, sin llegar a la ruptura final. (Planiol, 1983)

## **2.4 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE PROTECCIÓN HACIA LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN EL SALVADOR**

En el Siglo XIX en el sistema jurídico salvadoreño se carecía de protección legal y técnica para nuestros niños, por lo cual se encontraban supeditados a la ayuda de personas caritativas integradas por diversas instituciones tales como: patronales, asociaciones y juntas de beneficencia; en donde incluían a los niños huérfanos o en total abandono, pero con el tiempo se creó los primeros Orfelinatos, denominado “La Casa Nacional del Niño” situado en San Salvador, en el año de 1859.

A partir de 1921 aparecen los primeros centros para menores, en los cuales tenían como fin atender a los menores con caracteres antisociales, lo que dio paso al surgimiento de las escuelas correccionales, como por ejemplo “La Orden de las Somascas” (EMILIANI) y “La Obra del Buen Pastor”. Pero en 1935 Surge la Primera escuela correccional de la Policía Nacional denominada “Escuela de Protección General Francisco Linares”. La Asociación Nacional Pro-Infancia surge el 15 de octubre de 1940 con el objetivo de trabajar a favor de la niñez salvadoreña y en 1958 se crea la Dirección de asistencia Social como dependencia de la Secretaría de Estado, con el fin de dar una orientación diferente a la asistencia del niño, así mismo al adulto mayor.

El 14 de Julio de 1966 se aprobó el Decreto Legislativo número 25, el que establece la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, con un contenido especialmente de niños menores de 16 años considerados como infractores de delitos. Esta ley es considerada la primera en establecer la atención integral de diagnósticos, observación y tratamiento para los niños y no solo a manera de cubrir las necesidades básicas de estos.

Así mismo se pretendía con esta ley no someter a los niños al mismo de sanción que a los adultos. La ley fue derogada por el Código de Menores en el año de 1974, debido a que no se contemplaban los principios de protección integral que la constitución enmarcaba además de no contemplar los organismos adecuados para el desarrollo de estos. No fue hasta el 23 de enero de 1975 que se fundara el Consejo Nacional de

Menores, encargado de materializar lo preceptuado en el Código de Menores y diseñar la política Nacional de Atención para los niños.

En mayo de 1993 la secretaria nacional de la Familia y el Instituto de Protección a Menor, diseñaron la primera política de atención a los niños (PNAM), la cual consistía en un conjunto de orientaciones y medios de protección de los derechos del niño o a la población menor de 18 años.

Vale mencionar que estos antecedentes históricos en el tema de protección a los niños y adolescentes fueron mecanismos que en su época funcionaron, pero no obstante a medida que va desarrollándose o evolucionando los niños y adolescentes van necesitando que se les solventa otro tipo de necesidades que van surgiendo a medida transcurre el tiempo y por ello es que estas medidas se van quedando cortas a las necesidades reales que presenta la niñez y adolescencia, específicamente refiriéndonos a los niños de la calle, puesto que hoy en día, es muy palpable que existen muchas necesidades y que en poco o en nada se está contribuyendo a lograr el desarrollo de este sector vulnerable de la población.

Todos y cada uno de los niños y adolescentes de El Salvador son sujetos plenos de Derechos Humanos. En este apartado se hace referencia a este sector de la población para determinar cuál es el estado actual en que se encuentran. Los niños y adolescentes en El Salvador, es decir, las personas que no han cumplido los dieciocho años constituyen indiscutiblemente el futuro de nuestro país. No se puede obviar al concebir el futuro de nuestro país sin antes pensar específicamente en ellos; de no hacerlo así se estaría pensando otro país diferente. En 1998, la niñez y adolescencia en El Salvador era de 2,583,171, exactamente el 42.83% de la población total del país. (UNICEF, 2014) La proyección para el año 2010, a veinte años de la CDN, anticipa un incremento en el número absoluto de niños y adolescentes (2,820,370), aunque esto implicaría una disminución de su peso relativo (37.90 %); el número absoluto de niños/as que no habrían cumplido todavía un año de vida sería sumamente menor. Estadísticas que sin duda alguna vienen a recalcar el incremento de la densidad de la población compuesta por niños y adolescentes en el país, y que trae aparejada la necesidad de tomar acciones a favor de este sector de la población considerada como más vulnerable y necesitada.

## **2.5 FUNDAMENTOS EN LOS QUE SE SUSTENTA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS A FAVOR DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.**

En la actualidad existen dos teorías o doctrinas que hacen referencia a la niñez, una de ellas es la que se denomina como de la situación irregular y la otra teoría es conocida como de la protección integral, cabe denotar que ambas teorías tienen un objetivo en común y es el de la protección integral del niño para lograr su pleno desarrollo y sus más claras potencialidades para convertirse en un sujeto que permita una contribución eficiente de una sociedad en democracia, libertad, justicia e igualdad. Vale hacer mención que la creación de la LEPINA se encuentra comprendida en un enfoque de estas dos corrientes o doctrinas.

### **2.5.1 Doctrina de la situación Irregular**

Doctrina de la situación irregular fue en el siglo XVII que los niños y niñas comienzan a ser vistos como tales por los adultos, aparentemente se logró un gran avance en materia de derechos de la niñez, sin embargo, es precisamente aquí donde se marca el origen de la Doctrina de la Situación Irregular. Se da una especie de transición en la historia de la niñez y esto permite que el niño y niña sea ubicado en la categoría de objeto de protección por parte de los adultos, ya que eran considerados como un sinónimo de debilidad e indefensión razón por lo cual se encontraban necesitados de la protección de los adultos para su propio bienestar.

La Doctrina de la situación Irregular es “una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y niñas en situación de dificultad” (García Méndez, 1994), encontrándose acá los niños de calle o niños indigentes, esto quiere decir que el Estado basándose en el argumento de proteger niños y niñas que se encuentran en situación de abandono o en riesgo social, se les sustraía del medio en que se encontraban para luego institucionalizarlos o promover su adopción. La doctrina de la Situación Irregular es considerada la más antigua de las dos que existen, ya que surgió desde tiempos de antaño, esta corriente preconiza en primer lugar la protección no solamente del niño en situación irregular.

Doctrina de la situación irregular Fue en el siglo XVII que los niños y niñas comienzan a ser vistos como tales por los adultos, aparentemente se logró un gran avance en materia de derechos de la niñez, sin embargo, es precisamente aquí donde se marca el origen de la Doctrina de la Situación Irregular. Se da una especie de transición en la historia de

la niñez y esto permite que el niño y niña sea ubicado en la categoría de objeto de protección por parte de los adultos, ya que eran considerados como un sinónimo de debilidad e indefensión razón por lo cual se encontraban necesitados de la protección de los adultos para su propio bienestar.

### **2.5.2 Doctrina de la protección integral**

Es aquella que considera al niño como sujeto de derecho, y por ende se le deben de respetar los derechos humanos que tiene toda persona y los derechos específicos que corresponden a esas personas en desarrollo. Esta doctrina surge con los principios de la Convención de los Derechos del Niño, la cual fue adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989 y que en nuestro país fue acogida a mediados de los años noventa.

La Doctrina de la Protección Integral no se puede entender como una doctrina similar o paralela a la Doctrina mencionada anteriormente, sino más bien es un cambio completamente distinto, donde se establece que los niños y niñas son los verdaderos protagonistas y por ende son sujetos de derechos y de protección frente a los Estados. (Martínez)

Esta doctrina sustenta la legislación nacional en materia de niñez y se ve reflejada en “un conjunto de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo y de carácter fundamental en la consideración de la niñez”. Otro punto importante que se hace referencia es que esta doctrina es conocida también bajo el término de “Doctrina de las Naciones Unidas de la Protección Integral de la Infancia”

A manera de resumen, puede afirmarse que, el principio fundamental del enfoque de Derechos Humanos de la niñez es el reconocimiento de todo niño y niña como sujeto activo de esos derechos.

## **2.6 NATURALEZA JURÍDICA DE DERECHOS DEL NIÑO**

La Naturaleza jurídica del derecho de menores como ha sido principalmente reconocido es de Derecho Público, por la mayoría de los tratadistas; esto lo fundamentan en el interés superior del menor, que al mismo tiempo este pertenece al ordenamiento jurídico público. Para ello el citado tratadista Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, que, en efecto, la regulación de los menores en situación irregular: menores infractores de la ley penal, menores en estado de abandono moral y menores en estado de peligro físico o moral,

es de interés público y de derecho público. (Monroy Cabra, 2009)

Así mismo el Dr. José H. González del Solar, considera que el “Derecho Tutelar de Menores”, es una rama del derecho público, o sea, de la legislación que ordena la actividad del Estado al cumplimiento de su propio fin y regula la relación que nace entre aquel y el menor de edad con motivo de la irregularidad que lo aflige, y con el objeto de prever a su protección integral. Tal es la relación jurídica que se suscita cuando el Estado interviene para someter al menor a una medida tutelar indispensable, y que encuentra en las normas la guía compatibilizadora de sus intereses en aras del fin social, del bien común”. (Amaya Zelaya)

La niñez se caracteriza como una etapa de facultades evolutivas y de vulnerabilidades relativas a las de los adultos. La Convención sobre Derechos del Niño, niña los define como: “Se entiende por niño todo ser humano desde su nacimiento hasta los 18 años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Por lo que podemos concluir que niña, niño y adolescente nos estaremos refiriendo a: aquellos ciudadanos sociales, aunque carezcan de ciudadanía política (capacidad para elegir y ser electos) y de ciudadanía civil (capacidad de ejercer con plena autonomía el derecho de establecer compromisos y celebrar contratos). Y por Ciudadanía social significa tener derecho y la capacidad de exigir del Estado el cumplimiento de las garantías necesarias para vivir dignamente.

## **2.7 FACTORES SOCIALES DEL DIVORCIO Y EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES A SER ESCUCHADOS.**

La institución del divorcio es un derecho que reviste gran importancia en las familias y en la sociedad, institución de la que derivan una serie de consecuencias, entre estas la responsabilidad respecto a los hijos, dado que muchas de las parejas divorciadas tienen hijos, de ahí que es necesario considerar esta relación.

“Mientras los padres bien pueden sentirse o desconsolados o contentos por su divorcio, invariablemente los niños se sienten asustados y confundidos por la amenaza a su seguridad personal. Algunos padres se sienten tan heridos o abrumados por el divorcio que buscan la ayuda y el consuelo de sus hijos. El divorcio puede ser malinterpretado por los niños a no ser que los padres les digan lo que les está pasando, cómo les afecta a ellos y cuál será su suerte. Los niños con frecuencia creen que son la causa del conflicto entre su padre y su madre. Muchos niños asumen la responsabilidad de

reconciliar a sus padres y algunas veces se sacrifican a sí mismos en el proceso. En la pérdida traumática de uno o de ambos padres debido al divorcio, los niños pueden volverse vulnerables tanto a enfermedades físicas como mentales. Con mucho cuidado y atención, sin embargo, una familia puede hacer uso de su fortaleza o de sus factores positivos durante el divorcio, ayudando así a los niños a tratar de manera constructiva con la solución al conflicto de sus padres.” (Psychiatry., 2015)

Importante resulta considerar algunos de los factores que de acuerdo con los psicoterapeutas causa en los hijos en el divorcio. “A la hora de estudiar los efectos del divorcio en los hijos es difícil determinar si es el propio divorcio lo que les afecta o una serie de factores sociales que acompañan muy frecuentemente a la separación de las parejas.” Entre los factores sociales destacan:

1-Pérdida de poder adquisitivo. La convivencia en común supone el ahorro de una serie de gastos que se comparten. La separación conlleva una pérdida de poder adquisitivo importante.

2-Convive. Cambio de residencia, escuela y amigos. El divorcio de los padres conlleva cambios importantes en el entorno del hijo. Puede tener que cambiar de colegio, o de residencia. El impacto que tiene este factor en el desarrollo y ajuste social del niño es muy importante.

3-Conveniencia forzada con un padre o con miembros de la familia de alguno de ellos. No siempre la elección del padre con el que se convive es la que el niño quiere. La familia de los separados apoya el trabajo adicional y aporta frecuentemente el apoyo necesario para que el padre que se hace cargo del niño pueda realizar sus actividades laborales o de ocio. Este factor conlleva una convivencia con adultos, muchas veces muy enriquecedora y otras no tanto.

4-Disminución de la acción del padre con el que no conviven. El padre que no está permanentemente con su hijo deja de ejercer una influencia constante en él y no puede plantearse modificar comportamientos que no le gustan los fines de semana que le toca visita. Por otro lado, el niño pierde el acceso a las habilidades del padre que no convive con él, con la consiguiente disminución de sus posibilidades de formación.

5-Introducción de parejas nuevas de los padres. Es un factor con una tremenda

importancia en la adaptación de los hijos y tiene un efecto importantísimo en la relación padre/hijo. Si se dan, además factores emocionales en los padres los efectos negativos en los hijos pueden multiplicarse. Por ejemplo:

6-Una mala aceptación del divorcio por uno de los padres puede llevarle a convivir con una persona deprimida u hostil.

7-Un divorcio conlleva de forma por su propia esencia una cierta hostilidad entre los padres. Cuando esa hostilidad se traslada a los hijos, intentando que tomen partido o que vean a la otra persona como un ser con muchos defectos, se está presionando al niño para que vea a su padre desde un punto de vista equivocado, porque tendrá muchos defectos; pero siempre será su padre. Si la hostilidad entre ellos persiste después del divorcio, es difícil que no afecte la convivencia con el niño.

### **2.7.1 Efectos de esos factores**

Vamos a estudiar los efectos del divorcio, ya sean debidos a estos estos factores o el propio divorcio, Amato (1994) realizó un estudio resumiendo los efectos que se habían encontrado en los niños cuyos padres se habían divorciado y señala diferencias con los niños cuyos padres continúan juntos: Bajada en el rendimiento académico, peor autoconcepto, Dificultades sociales, dificultades emocionales como depresión, miedo, ansiedad, Problemas de conducta. Wallerstein (1994) ha realizado el seguimiento de 131 niños durante 25 años y ha encontrado que estos efectos del divorcio en ellos no se limitaban al periodo de duración del divorcio, sino que trascendían a toda su vida.

Señala Wallerstein, como factor interesante, las dificultades que encontraban para creer en la continuidad de la pareja, con lo que su nivel de compromiso con la pareja era mucho menor. Hay que tener en cuenta que el compromiso es un elemento importante tanto en la estabilidad de la pareja como en el grado de felicidad subjetiva que aporta. (García Higuera, 2006)

### **2.7.2 Efectos emocionales del divorcio en los hijos**

Como siempre hay que señalar que las reacciones emocionales que se dan en los hijos no están predeterminadas. Dependen de un número importante de factores, como la historia del niño y la manera y habilidad que tiene para enfrentarse a la nueva situación que tiene una influencia tremenda en su vida. Como orientación se incluyen algunas de

las reacciones que pueden aparecer dependiendo de la edad. Son solamente orientativas.

De tres a cinco años, Se creen culpables por no haber hecho la tarea o no haber comido. Su pensamiento mágico los lleva a tomar responsabilidades tremendamente imaginarias, temen quedarse solos y abandonados. Hay que recordar que en estas edades los padres constituyen el universo entero de los niños y que la relación en la pareja es el medio en el que ellos están cuidados y mantenidos, La edad más difícil es la de 6 a 12 años, se dan cuenta de que tienen un problema y que duele y no saben cómo reaccionar ante ese dolor, Creen que los padres pueden volver a juntarse y presionan o realizan actos que no llevan más que a un sentimiento de fracaso o a problemas adicionales en la pareja. Los adolescentes experimentan: Miedo, soledad, depresión, y culpabilidad, dudan de su habilidad para casarse o para mantener su relación.

Como elemento para tener en cuenta en la asignación de los hijos a los padres es el hallazgo de que los hijos criados por el padre del mismo sexo se desarrollan mejor. El divorcio no puede considerarse como una causa de problemas psicológicos, sino como un factor que hace a la persona más vulnerable. (Appelboom, 2004)

Conociendo la serie de dificultades que pueden sufrir muchas familias durante este proceso surge la necesidad de considerar de qué forma los mismos son tomados en cuenta durante este proceso.

“El derecho a divorciarse corresponde a los cónyuges. Al ejercer el derecho al divorcio se afectan derechos de los hijos; derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (artículo 7 CDN), derecho a no ser separado de sus padres, salvo que sea necesario para su interés (artículo 9 inciso 1 CDN), garantía estatal de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño; cuya preocupación debe de ser el interés superior del niño (art. 18 inc. 1 CDN) y el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social, cuya responsabilidad primordial queda a cargo de los padres, dentro de sus posibilidades (Art. 27 incs 1 y 2 CDN).”

En consecuencia si bien los progenitores tienen el derecho de divorciarse cuando ya no cumple con sus derechos y deberes (art. 36 CF) con esta disolución del vínculo la familia,

en especial los hijos reciben vulneraciones indirectas a sus derechos, según la investigadora Ursula C. Basset, en su ensayo de “Protección integral de los niños y el “derecho al divorcio”; el divorcio afecta el desarrollo emocional, intelectual y psicológico de los niños; afecta la personalidad, la habilidad de confiar y la habilidad de tolerar el cambio, “Los niños concluyen que los vínculos familiares son frágiles, y que el vínculo entre un hombre y una mujer puede ser roto en forma repentina y muchas veces sin aviso previo”. Es por la posibilidad de estas afectaciones, que la opinión de la niñez es indispensable para minimizar los cambios que se avecinan, el deseo de la niña, niño y adolescente, su interés es la herramienta para trabajar con los cambios y mejorar la relación de padre e hijos. (Zeledón, 2016)

## **2.8 LA PAUTA DE PROGRESIVIDAD**

La historia nos ha enseñado que la niñez ha sido invisibilizada, situación irregular que cambia a partir del reconocimiento que se adquiere con la Convención sobre los Derechos del Niño, así encontramos en el artículo 5 la obligación de:

“Los Estados Parte de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”. CDN (1990).

En sintonía de lo anterior la mencionada convención en el artículo 16 regula el derecho de protección y promoción de la autonomía cuando indica que “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”.

Conforme a los principios que señala la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por la república de El Salvador el 27 de abril de 1990, encontramos la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, Ley en donde identificamos en el artículo 5 inciso primero, el principio rector de ejercicio progresivo de las facultades que establece:

“Los derechos y garantías reconocidos a las niñas, niños y adolescentes serán ejercidos por éstos de manera progresiva tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de sus padres o de quien ejerza la

representación legal, y de las disposiciones establecidas en la presente ley”.

De forma que la misma no se da de forma automática, sino que se va adquiriendo mediante el desarrollo.

### **2.8.1 Significado de la Autonomía Progresiva**

Conviene ahora desarrollar lo que debemos entender por Autonomía progresiva “Se refiere a la posibilidad que tienen los niños de ejercer de manera autónoma sus derechos, pero sin llegar a poner en duda que son titulares de derechos, al igual que cualquier persona adulta. Se trata de reconocer que para el ejercicio de los mismos puede ser necesario el apoyo de los padres, encargados o en su defecto del Estado, para un correcto ejercicio”. (García, 2009) Por otra parte “El sistema de protección integral introducido por la LEPINA, no solo engloba la satisfacción y restitución, en su caso, de los derechos a través de la implementación de políticas públicas que garanticen y protejan dichos derechos, sino que además se refiere al modo de ejercerlos. Y es aquí donde comienza a tener relevancia el concepto de capacidad progresiva. (Herrera, “Autonomía, Capacidad y Participación a la luz de la ley 26.061”, en García Méndez, E. (compilador) Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061, 2011)

Respecto a la progresividad Yuri Emilio Buaiz Varela, en la Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia Comentada de El Salvador ha afirmado “entre otros detalles que el desarrollo evolutivo se estrecha con la definición de los grupos etarios "Niñez" y "Adolescencia", pero también al interior de cada uno de éstos la evolución de las facultades es diversa. Así, no serán iguales las facultades de un niño o niña comprendidos en la primera infancia, de cero a tres años, que el de un niño o niña comprendidos en la edad de 7 a 12 años.

Importa indicar además que el desarrollo, la madurez, la evolución de facultades no es sólo un hecho supeditado a la edad, aunque lo hemos señalado como de relación estrecha con los grupos etarios, no es el único que influye el desarrollo evolutivo de niñas, niños y adolescentes, pues la educación y cultura familiar y social, el medio en el que se relacionan, entre otros son factores que se conjugan para la determinación de la realidad evolutiva de la niñez, bien más temprano, bien más tarde, son elementos cognitivos de orden socioeducativos, no son uniformes en todas las sociedades y

países, como las culturas tienen expresiones distintas, relacionados con estos elementos de la realidad histórica, cultural y educacional. (Valera, 2013)

Durante la infancia y la adolescencia, la capacidad fluctúa por ser una persona en estado de desarrollo, esta capacidad va progresando a lo largo de un proceso continuo en el que van adquiriendo mayor autonomía. (Cataldi, 2012)

Siguiendo a Silvia Morcillo y Gioconda Torres (2015), decimos que, desde la psicología, este proceso continuo se va dando en diferentes etapas:

- *La del recién nacido, en la cual el niño aparenta necesitar la continua asistencia del adulto para sobrevivir; pero sin embargo es poseedor de numerosas capacidades, el niño en esta etapa puede alimentarse, dormir, llamar la atención, reaccionar a estímulos, y además es capaz de transmitir información mediante el llanto, las expresiones, la risa; aunque no es capaz de comunicarse con los demás ya que básicamente no sabe que existen. Entonces, las primeras reacciones del niño solo sirven para informar, reconocer y actuar sobre el entorno. Por lo cual es evidente que en esta primera etapa su capacidad de hecho para ejercer actos de la vida civil sería nula.*
- *Desde los dos y hasta los cuatro años aproximadamente aparece el lenguaje, esto se asocia con la capacidad de manejar símbolos o signos, ya no objetos que los representen.*
- *Citando a Piaget, las autoras llaman a esta siguiente etapa que culmina aproximadamente a los siete años, etapa de -inteligencia intuitiva, en la cual el niño se inserta en el mundo de los adultos, y comienza a dominar el lenguaje, aunque a diferencia de los adultos posee un pensamiento egocéntrico, no diferencia cabalmente lo físico de lo psíquico, lo objetivo de lo subjetivo y posee un pensamiento concreto en el cual necesita la presencia del objeto. En esta etapa puede verse cierto grado de capacidad.*
- *Entre los siete y los doce años, el niño comienza a construir una lógica, aunque limitada a objetos presentes o situaciones que son de su conocimiento. Es por esto por lo que en este estadio es cuando la capacidad aumenta considerablemente.*
- *En esta última etapa que abarca entre los once o doce años y los quince o dieciséis, el niño, ya adolescente para nuestro código, comienza a realizar operaciones de pensamiento científico; adquiere la capacidad de razonar sobre lo real y lo posible, de comprender y elaborar enunciados sobre cosas que no han sucedido, de evaluar las*

*consecuencias de un hecho hipotético, incluso es capaz de razonar sobre situaciones problemáticas evaluando diferentes alternativas simultáneamente. Al poseer pensamiento abstracto y capacidad de simbolizar, al llegar al final de este periodo, el adolescente ya cuenta con los instrumentos y herramientas intelectuales propias del adulto de nuestra sociedad.*

Ya conociendo el proceso de evolución por el que transitan las niñas, niños y adolescentes, estamos en condiciones de decir que, el principio de autonomía progresiva, es el reconocimiento de la adquisición gradual de aptitudes y cualidades madurativas de las niñas, niños y adolescentes (Herrera, “La participación del niño a la luz de la CDN, las legislaciones de protección integral de derechos y el Proyecto de Código Civil y Comercial”, 2015) con la finalidad de contribuir a su formación como adultos cabales conocedores del ejercicio de sus derechos. (Bermejo, 2015)

Entendemos por autonomía progresiva al parámetro de equilibrio entre el reconocimiento del protagonismo de las niñas, niños y adolescentes en sus propias vidas, con la prerrogativa de ser escuchados y respetados y que se les brinde más autonomía para el ejercicio de sus derechos, sin que esto signifique que se los enfrente a responsabilidades propias de los adultos quitándoles la protección que necesitan por su inmadurez relativa.

Teniendo claro el significado de autonomía progresiva, podemos decir que, a mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos, ya que permite reconocer, que a medida que las niñas, niños y adolescentes desarrollan mayores competencias, adquieren mayor capacidad para asumir responsabilidades y protagonismo en sus propias vidas. (Herrera, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, 2015)

Ahora bien, es importante tener en cuenta que, para advertir este proceso de madurez en cada niña, niño o adolescente en particular, es necesaria la interdisciplina, ya que como hemos visto, en este proceso evolutivo inciden factores biológicos, psicológicos y sociales que a su vez varía según la edad, el grado de estímulos y el contexto social, cultural y económico en el que cada niño se desarrolle. Por todo esto, no es posible establecer reglas generales y rígidas debido a que no todos los niños dejan de ser niños de la misma manera y a la misma edad.

Es válido también, tener en cuenta que representación, asistencia y cooperación son tres figuras graduales, que dependen del desarrollo alcanzado por la niña, niño o adolescente. Es así como, mientras la representación implica la sustitución total de la

voluntad del niño, por lo que solo se aplica en los supuestos en los cuales el niño, niña o adolescente posea una mínima capacidad de autodeterminación. Cuando el niño, niña o adolescente evoluciona un poco más aparece la figura de la asistencia que constituye un acompañamiento que se justifica en la protección del niño, niña o adolescente en desarrollo. Y ya cuando el niño, niña o adolescente no demuestra incapacidad, da lugar a la cooperación, donde el niño, niña o adolescente adquiere un protagonismo real, con el respaldo necesario, ya que no pierde su estado de niño, niña o adolescente.

En síntesis, a medida que el niño, niña o adolescente adquiere mayor autonomía, menor es la necesidad de participación de un tercero como representante en el ejercicio de sus derechos y deberes. Otra característica fundamental del enfoque de los derechos humanos aplicado a la infancia es:

“constituir una nueva concepción del niño y de sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva concepción se basa en el reconocimiento expreso del niño como sujeto de derecho, en oposición a la idea predominante de niño definido a partir de su incapacidad jurídica.”

La CDN, a diferencia de la tradición jurídica y social imperante en muchos países hasta antes de su aprobación, no define a las niñas y los niños por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad.

Ser niño no es ser "menos adulto", la niñez no es una etapa de preparación para la vida adulta. La infancia y la adolescencia son formas de ser persona y tienen igual valor que cualquier otra etapa de la vida. Tampoco la infancia es conceptualizada como una fase de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos. “La infancia es concebida como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.” (Moreno, 1993)

### **2.8.2 Diferenciación entre la Capacidad Civil y Capacidad Progresiva de los Niños, Niñas y Adolescentes.**

La capacidad jurídica está íntimamente relacionada con la voluntad, entendiéndose esta como la facultad psíquica que tiene el individuo o persona para elegir entre realizar o no un determinado acto, y depende directamente del deseo y la intención de realizar un acto o hecho en concreto. Tiene relación también, con la capacidad que tiene la persona para tomar decisiones sin estar sujeto a limitaciones; libremente, sin secuencia causal ni imposición o necesidad. (Ob. Cit. Prontuario de Introducción al estudio del Derecho. Edit. Grupo Noriega. México).

En el Código Civil se distingue entre la plena capacidad o capacidad absoluta reconocida a los mayores de 18 años, y la incapacidad relativa al niño mayor de 14 y a la niña mayor de 12 años, todo lo anterior contenido en los arts. 1317, 1318 y 1341 del Código Civil.

La incapacidad relativa que afecta a los niños y niñas, se atenúa en ciertos ámbitos donde se les reconoce plena capacidad de ejercicio, por ejemplo: Para el otorgamiento de su testamento, según el art.1002 del Código Civil, para constituir una asociación sin fines de lucro y formar parte de la directiva el art. 100 de la LEPINA, se establece los rangos de edad, en los niños a partir de los 14 y las niñas a partir de los 12 años y otras situaciones. Se ha establecido muy bien la idea de que el niño y adolescente están habilitados para el ejercicio de los derechos de la personalidad, a los cuales no le son aplicables las reglas generales de la capacidad de ejercicio del Derecho Civil y no podría ser de otra manera puesto que la personalidad está fundada en la libertad y dignidad humana.

Es importante distinguir entre la incapacidad por motivos de la minoría de edad y la incapacidad por motivos de enfermedad mental, ya que si bien ambas las refiere el Código Civil en su artículo 1318 como incapacidades absolutas, tienen una diferencia sustancial en cuanto la enfermedad mental conlleva una alteración del pensamiento, las emociones y la conducta (Manual de Psiquiatría, Humberto Rotondo ) por lo que a diferencia de los incapaces por la edad no pueden manifestar libremente su voluntad o de manifestarla no puede tener efectos legales, en el caso de los incapaces por minoría de edad ( menores de dieciocho años). En el cual en la ley (CDDN y LEPINA) establece a los padres y tutores no solo la obligación de escuchar la opinión de estos ya que se trata de niños, niñas y adolescentes, si no que esta opinión debe de ser tomada en consideración en la decisión que se tome.

Con la LEPINA hay un cambio de orientación respecto de la forma de ver y de tratar a los niños niñas y adolescentes, según se ha establecido en tiempos atrás por el Código Civil como menores, ahora con el sistema de protección integral se convierten en sujetos de derechos y obligaciones, en consecuencia, tienen el ejercicio personal y directo de sus derechos y garantías. En los que se les otorga la participación en los procesos de divorcio, atendiendo al principio de ejercicio progresivo de sus facultades y conforme a su capacidad evolutiva.

La capacidad jurídica procesal de los niños niñas y adolescente reconocida por la LEPINA art. 218, tiene mucha relación con uno de los principios fundamentales de la misma “el ejercicio progresivo de las facultades”. Este constituye uno de los principios que estructuran el sistema de derechos reconocidos por el cual respeto de la autonomía del niño niña y adolescentes en el ejercicio de sus derechos, se convierte en uno de los intereses jurídicos que deben ser protegidos.

## **2.9 EL DERECHO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE A SER OÍDO.**

La autonomía progresiva que se le reconoce al niño, niña y adolescente, el que se ve materializado a través del derecho a ser oído, para estudiar este derecho es necesario considerar la recepción normativa que existe en nuestro país respecto al mismo, así encontramos la Constitución de La Republica de El Salvador que en el Artículo 11 incluye el derecho de audiencia, que es aplicable a los niños, niñas y adolescentes respecto a la protección del Estado tal y como lo establecen los artículos 32 y 34 de nuestra carta magna, así también en el artículo 144 del mismo cuerpo legal, que reconoce la prevalencia de los tratados internacionales.

Así encontramos la Convención Sobre Los Derechos del Niño que regula el derecho de escucha, y en el artículo 12 en el primer párrafo relaciona:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”, mientras que en el segundo párrafo otorga al niño el derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial administrativo que lo afecte, la que deberá valorarse de acuerdo al ejercicio progresivo, es decir de acuerdo a la edad y madurez del niño, niña o adolescente.”

“No existe, sin embargo, duda alguna sobre la capacidad de los niños y adolescentes para ser titulares de derechos; se trata de definir si el ordenamiento faculta a los niños y adolescentes para actuar personalmente o si requieren de un representante para poder hacerlo. Lo importante es si necesitan o no de un acompañamiento que les permita el ejercicio de sus derechos y facultades procesales. Cuando se habla de capacidad procesal no se trata de la titularidad del derecho de acceso a la justicia por parte de los niños y adolescentes, sino de su capacidad para actuar autónomamente como un requisito de validez del proceso judicial”.

Respecto de este importante derecho recogido en el artículo 12 de La Convención Sobre los Derechos del Niño, también encontramos la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, que hace una interpretación literal del artículo 12 de la mencionada Convención y en sus conclusiones hace una llamada importante a tomar en cuenta el objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten

A nivel nacional encontramos La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, que reconoce de forma expresa el derecho de opinión, en consonancia con el derecho a ser oído que establece la Convención sobre los Derechos del niño, así encontramos el Artículo 94 que regula el Derecho a opinar y ser oído y en su primer inciso señala “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a opinar y a ser oídos en cuanto al ejercicio de los principios, garantías y facultades establecidos en la presente Ley.” Este derecho podrá ser ejercido ante cualquier entidad, pública o privada y estas deberán dejar constancia en sus resoluciones de las consideraciones y valoraciones relacionadas con la opinión expresada por aquéllos. La opinión de las niñas, niños y adolescentes será recibida con métodos acordes a su edad y será tomada en cuenta en función de su desarrollo evolutivo

Cuando el ejercicio personal de ese derecho no resulte conveniente al interés superior de la niña, niño o adolescente, éste se ejercerá por medio de su madre, padre, representante o responsable, siempre que no sean partes interesadas ni tengan intereses contrapuestos a los de las niñas, niños o adolescentes. Se garantiza a las niñas, niños y adolescentes el ejercicio personal de este derecho, especialmente en los procedimientos administrativos o procesos judiciales que puedan afectar sus derechos e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior. En los casos de las

niñas, niños o adolescentes con una discapacidad para comunicarse, será obligatoria la asistencia por medio de su madre, padre, representante o responsable, o a través de otras personas que, por su profesión o relación especial de confianza, puedan transmitir objetivamente su opinión. Ninguna niña, niño o adolescente podrá ser obligado de cualquier forma a expresar su opinión, especialmente en los procedimientos administrativos y procesos judiciales.

“pues bien, el artículo 94 de la LEPINA desarrolla suficientemente el pensamiento del organismo internacional citado, e impone la obligación de cualquier entidad pública o privada de valorar las opiniones de NNA de forma motivada y explícita en sus resoluciones o decisiones.” (Valera, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia comentada de El Salvador. Libro Primero., 2013)

Considerando las obligaciones que tienen las diferentes entidades surge la pregunta, “¿A partir de qué edad se debe escuchar? El artículo 7 literal j) de la Ley Procesal de Familia, determina la obligación del juzgador de escucharlos a partir de los doce años. Pero integrando las normas legales y respetando los Tratados Internacionales, el análisis anterior nos permite llegar a la conclusión que todos los niños, niñas y adolescentes, como sujetos plenos de derechos, deben ejercer su derecho de ser escuchados, de emitir su opinión, con relación con el ejercicio progresivo de sus facultades.”

En consideración al art. 7 literal j, y el art. 216 del código de familia, donde se establece que se debe de escuchar a los niños de 12 años de edad, en comparativa con la Ley de Protección Integral de Niñez y Adolescencia está en contradicción porque está vulnerando el derecho de opinar y ser oído en base al art. 94 en concordancia con los art. 10, 11, 12 y 5 de la CDN.

“La Ley adjetiva familiar en el literal “j” del art. 7 respecto a los “Deberes del Juez” dispone que es un deber de los Juzgadores de Familia “Oír al menor cuando hubiere cumplido doce años de edad, en todos los procesos y diligencias que le afecten; antes de dicha edad, el Juez tendrá contacto con el menor y de ser posible dialogará con él.” Aunado a la citada normativa, al ponerse en marcha la Doctrina de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico, un presupuesto que forma parte de la “Actividad Procesal” aplicable en todas las áreas que involucran derechos de niñas, niños y adolescentes, ante cualquier entidad pública o privada, art. 7 LEPINA, considerando que sus opiniones deben ser estimadas y

valoradas en las decisiones adoptadas, ya sea en procedimientos judiciales y/o administrativos, en virtud de lo cual la violación del derecho a opinar y ser oído de la niña, niño o adolescente, como regla general, produce la “Invalidez de las actuaciones procesales” y de todo lo que sea su consecuencia inmediata, tal como lo prescribe el art. 223 LEPINA, que a la letra dispone que “La violación del derecho a opinar y ser oído de la niña, niño o adolescente producirá la invalidez de lo actuado y todo lo que sea su consecuencia inmediata; salvo que ella sea expresamente consentida o no le produzca perjuicios. Se entenderá vulnerado ese derecho cuando injustificadamente no se les permita ejercerlo en las audiencias, no se tome en consideración su opinión en las resoluciones que se adopten o sean obligados a declarar por cualquiera de los intervinientes.” Tal disposición, a la vez que armoniza con la Convención sobre los Derechos del Niño y nuestra ley adjetiva familiar, reviste singular importancia, en primer lugar, porque regula explícitamente la forma de garantizar el derecho de opinión de las niñas, niños y adolescentes y su participación en el proceso, y en segundo lugar, porque la violación a ese derecho trae como consecuencia la “invalidez de las actuaciones procesales”, es decir, cuando en forma injustificada no se les permite a las niñas, niños y adolescentes ejercer ese derecho a opinar y de ser oídos por la autoridad competente en las audiencias o no se tomen en consideración sus opiniones, disponiendo la ley especial, que sólo de ese modo se entenderá que se ha protegido el “Derecho a opinar y de ser oído” según lo ordena el art. 94 de dicha Ley, transcrito en párrafos anteriores; todo lo cual es consecuente con las normas de derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes; tomando en cuenta que según el art. 215 LEPINA, las pretensiones relativas a los derechos y deberes establecidos en la referida ley, en las distintas etapas, instancias y grados de conocimiento, deben tramitarse aplicando las disposiciones de la Ley Procesal de Familia, con las modificaciones que se establecen en la ley especial de niñez y adolescencia; pues la misma en el art. 108 dispone que todo funcionario, autoridad, empleados, organismos, instituciones o dependencias públicas o privadas relacionados con el Sistema de Protección Integral responderán de sus actos cuando por negligencia, impericia, ignorancia o abandono inexcusable, causaren una violación o amenaza a los derechos de la niña, niño o adolescente. En ese sentido cabe mencionar que la tutela efectiva o derecho a la protección jurisdiccional supone el estricto cumplimiento por parte de los entes judiciales de los Principios Rectores del proceso, implícitos y explícitos en el ordenamiento procesal y sustantivo, que no constituyen un simple conjunto de trámites y ordenación de un proceso, sino que responden a un ajustado sistema de garantías de las partes y de todos aquellos a los que la sentencia que se dicte les pueda afectar, protegiendo efectivamente los derechos

de las niñas, niños y adolescentes, a quienes debe escucharse dentro del proceso, dando vida a la protección de las garantías y derechos fundamentales irrenunciables, inalienables, indelegables, intransigibles, indivisibles e interdependientes, que les asisten y se les reconocen como sujetos, tal como lo disponen los arts. 5 y 15 LEPINA.” (083-20-SA-F4).

En El Salvador encontramos en el Código Civil el artículo 26 la siguiente definición:

“Llámase infante todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce años; menor 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.”

Por su parte el artículo 3 de la LEPINA en el artículo señala:

“Definición de niña, niño y adolescente Los derechos y garantías otorgados en la presente Ley serán reconocidos a toda persona desde el instante de la concepción hasta los dieciocho años. Para los efectos de esta Ley, niña o niño es toda persona desde el instante mismo de la concepción hasta los doce años cumplidos, y adolescente es la comprendida desde los doce años cumplidos hasta que cumpla los dieciocho años.” (Ejecutiva, 2010)

Las disposiciones citadas aparentemente pudieran verse como contradictoria, no obstante, lo anterior es necesario identificar que el código Civil regula aspectos referentes a la capacidad civil, en cambio la LEPINA, regula aspectos del niño, niña y adolescentes la que tal y como citábamos en párrafos anteriores deben verse de forma integrada a la luz de las disposiciones de la normativa internacional de Derechos Humanos, considerando que a la fecha aún no cuenta con una armonización de todas las leyes:

“En ese sentido, de conformidad a los Arts. 5, 9, 10, 11, 12 y 94 LEPINA, para el ejercicio del derecho de opinión, el parámetro a considerar ya no tiene que ser más la edad, como el presupuesto establecido en el Art. 7 lit. j) LPF, el cual debe considerarse derogado con la entrada en vigencia de la LEPINA, sino que, el criterio a tomar en cuenta debe ser el desarrollo evolutivo de las facultades del niño, niña o adolescente; en otras palabras, su autonomía progresiva, en conjunto con la adecuada dirección y orientación de sus padre, madre o representante, en atención a su interés superior y en condiciones de igualdad, utilizando métodos acordes a su edad, y excepcionalmente pudiendo estar

representado o apoyado por una persona, que en razón de su profesión o relación especial de confianza, pueda transmitir objetivamente su opinión.” (Sentencia 03-AN-FM-240CF-COJ-2020-4 Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia, 2020)

Siguiendo las disposiciones que señala la LEPINA, encontramos otras novedades como:

“el artículos 218 sobre la capacidad procesal de los NNA, que establece ésta facultad y derecho, con intervención representada por padres, madres y otros representantes, si son menores de catorce años de edad, y los mayores de esta edad a través de apoderado judicial, con las excepciones allí establecidas; el artículo 219 sobre la legitimación activa que faculta a la actuación de niñas, niños y adolescentes para requerir la protección judicial cuando sus derechos han sido amenazados o vulnerados, y el artículo 220 que obliga a la Procuraduría General de la República a brindar asistencia legal y representarlos judicialmente en los casos en que les corresponda legalmente o cuando el padre, la madre, representantes o responsables no puedan o no deban hacerlo. Esta misma norma establece que a tales efectos la PGR debe adscribir al menor un Defensor Público especializado en la materia en cada uno de los Tribunales especializados.”

Finalmente encontramos la importancia de artículo 223. De la LEPINA, que regula la “Invalidez de las actuaciones procesales. La violación del derecho a opinar y ser oído de la niña, niño o adolescente producirá la invalidez de lo actuado y todo lo que sea su consecuencia inmediata; salvo que ella sea expresamente consentida o no le produzca perjuicios.” Estas últimas disposiciones citadas evidencian el cambio de paradigma sobre los derechos de las niñas, niños y adolescentes, respecto al principio de capacidad progresiva y el reconocimiento de su derecho a ser oído y de participar en las decisiones que lo afecten.

En esta línea encontramos sentencias como la emitida por La Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia, de las ocho horas del día catorce de enero del año dos mil veinte, en donde se Declara la nulidad insubsanable de la Audiencia preliminar en el proceso de pérdida de autoridad parental por falta de escucha de una niña de cuatro años sosteniendo que:

“dicha omisión, sin lugar a duda, da lugar a la configuración de la nulidad insubsanable a la que se refiere el Art. 223 LEPINA, y es pertinente, entonces, invalidar todo lo actuado hasta el momento del señalamiento de audiencia preliminar, que, a pesar de no

encontrarse señalado en la ley, es el momento procesal en el que la práctica judicial ha encaminado a determinar el señalamiento de la escucha de la opinión.”

### **2.9.1 Sobre la escucha y participación en procesos judiciales de niños, niñas y adolescentes.**

Considerando que en relación al derecho de opinar y ser oído es necesario tomar en cuenta lo establecido en La Convención sobre los Derechos del niño y las recomendaciones que se han hecho en la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del niño.

El derecho a ser escuchados de los niños, niñas y adolescentes atendidos en el ámbito judicial de la ciudad de San Miguel, El Salvador, desde el momento que entran en contacto con el mismo y a lo largo de todo su proceso, así como a todos los profesionales y entidades colaboradoras que presten sus servicios en este ámbito de actuación, debe ser garantizado de forma que permita cumplir las directrices que menciona la Observación General N° 12.

Del mismo modo, es necesario involucrar a los progenitores, tutores y responsables, además de otros familiares o personas adultas significativas relacionadas con los niños, niñas y adolescentes, en tanto que ejerzan de portavoces y estén en condiciones de aportar información sobre la opinión de los niños, niñas y adolescentes a quien representen.

En este derecho se debe promover la escucha y la participación de los niños, niñas y adolescentes como un elemento central y transversal de la acción protectora. Además, se trata de garantizar que la opinión de los niños, niñas y adolescentes se tenga en consideración en la toma de decisiones estableciendo los cauces necesarios.

La escucha del niño, niña o adolescente busca conocer de forma directa las opiniones de los niños, niñas y adolescentes. Esto significa apoyarlos en la reflexión sobre su proceso de comprensión de la información que se les ha hecho saber para que puedan opinar sobre el divorcio de sus progenitores.

Para esto es necesario aplicar métodos e instrumentos sistematizados para recoger las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, adecuados a su edad y características personales y favorecer su participación. Este favorecimiento implica que los Juzgados tengan herramientas adecuadas para formarse la certeza positiva de lo que los niños, niñas y adolescentes opinan.

### **2.9.1.1 CUANDO ESCUCHAR AL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE**

Al comienzo de la intervención con los niños, niñas y adolescentes, (en el momento en que se considere más adecuado) se les debe informar de sus derechos y especialmente de la posibilidad de participar dando su opinión, y de que la misma se tendrá en cuenta, haciéndole saber que la emisión de su opinión no es una obligación. Si tras la valoración profesional se decide algo diferente, se justificará la decisión tomada.

En todos estos casos, a los niños, niñas y adolescentes se les tendrá que dar la opción de plasmar su opinión por escrito directamente, o a través de un representante o profesional adecuado. Se valorará por el equipo la misma, teniendo en cuenta dicha opinión siempre que redunde en su interés superior.

Será necesario que tras informar a los niños, niñas y adolescentes de sus derechos y comprobar que los han entendido, se tendrá en cuenta su apreciación acerca de la gravedad y urgencia de la desprotección; para ello será necesario recoger su opinión sobre la situación familiar y necesidades propias, su valoración de las posibles causas y necesidades, así como propuestas de resolución. Se tendría que establecer el modo de recoger esta participación a su edad, capacidades cognitivas, aptitud y actitud, así como al nivel de comunicación de los niños, niñas y adolescentes en el caso de que sean extranjeros o con diversidad funcional. Cuando sea posible, tras la valoración inicial junto con los niños, niñas y adolescentes, se planificará la intervención prevista recogiendo sus propuestas, sugerencias y posibles quejas.

Será preciso tener en cuenta lo aportado por los niños, niñas y adolescentes sobre quién es para ellos su familia, así como la importancia que otorgan a sus miembros u otras personas significativas con las que exista vinculación. Pueden aportar ideas a la hora de organizar o diseñar el tipo de relación con cada uno de ellos: donde, cómo, juntos, separados...pudiendo establecer diferencias según las diferentes figuras.

Si se ha tenido contacto con los niños, niñas y adolescentes desde el momento de recepción del caso, en el momento de plantear las diligencias previas o su derivación a un proceso o institución, se les informará previamente, se recogerán su opinión y posibles propuestas, dejando constancia por escrito.

Cualquier decisión tomada fuera del proceso normal del caso (por ejemplo, por internamiento en un centro sin haber terminado el diagnóstico...), conllevará la información a los niños, niñas y adolescentes de los motivos, recogándose su opinión

a la mayor brevedad posible en coordinación con el centro/familia donde haya sido ingresado. (Dependiendo de la medida y de la información recabada, el equipo valorará si es necesario o adecuado comunicarle las medidas a tomar previamente a su puesta en marcha).

### **2.9.1.2 SOBRE QUÉ SE INFORMARÁ**

En la primera entrevista de presentación se informará a los niños, niñas y adolescentes del proceso de diagnóstico y valoración (en qué consiste, medidas, opciones...).

Para la elaboración de una ficha se solicitará a los niños, niñas y adolescentes si consideran que existe algún profesional, familiar o persona significativa que pueda tener información relevante.

En las siguientes entrevistas de exploración y estudios, se tomará en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes tanto si es de forma espontánea, es decir, sin necesidad de haber preguntado directamente, o recogida a través de los cauces de participación expuestos, y se tendrá en cuenta en la elaboración de las diferentes propuestas.

En el Informe diagnóstico, en el apartado “opinión de los niños, niñas y adolescentes” se recogerá su opinión y qué procedimiento se ha seguido (si existen comparecencias, si se ha extraído de las conversaciones mantenidas con él o a través de algún representante elegido por él). En el caso de que esté residiendo en un centro de protección o en una familia de acogida se tomará en consideración la información transmitida por sus cuidadores principales, teniendo en cuenta que los niños, niñas y adolescentes deben conocer que esta información, así como la recabada en fases anteriores del proceso, será transmitida al equipo multidisciplinario y utilizada en el diagnóstico de su situación y de la medida de protección a proponer. Deberá quedar reflejado si la decisión y propuestas formuladas son acordes con la opinión de los niños, niñas y adolescentes, o en qué medida se ha incluido, o en su caso, justificar porqué se ha decidido otros acuerdos.

Se informará a los niños, niñas y adolescentes de las posibles propuestas. Con anterioridad a la presentación formal de las mismas, se les expondrán y posibilitará que expongan su opinión, la cual será valorada y plasmada en un documento. Dicha opinión será tomada en cuenta e incluso podrá modificar las decisiones que previamente hayan sido previstas para los procesos de divorcio siempre tomando en cuenta el interés superior del niño, niñas y adolescente. (Dependiendo de la decisión y de la información

recabada durante el estudio, el equipo valorará si es necesario o adecuado comunicarle las decisiones a tomar previamente a su puesta en marcha).

### **2.9.1.3 QUÉ SE NECESITA PARA OPINAR**

Uno de los principios rectores de este Protocolo es el Principio ejercicio progresivo de las facultades de niños, niñas y adolescentes. La CDN, en su artículo 5, reconoce el principio de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos, apareciendo los niños en esa disposición como titulares de derechos, con la facultad de ejercerlos por sí mismos, sin que se determine una facultad de los padres u otros adultos de representar a los niños en el ejercicio de derechos fundamentales imponiendo tácitamente a los adultos, la facultad, el derecho y el deber, de impartir al niño dirección y orientación adecuadas para que el niño ejerza sus derechos. Finalmente, la forma que adoptará esa tarea de dirección y orientación irá variando conforme evolucionen las facultades del niño.

Debido a las características preventivas de este protocolo se dispone de diferentes mecanismos que garantizan los procesos de participación en sus diferentes niveles de acción. En entrevista inicial se deberá recoger la opinión de los niños, niñas y adolescentes, la cual quedará reflejada por escrito en el documento hecho para tal fin. Para ello se les explicará qué profesionales van a intervenir y en la forma en que van a hacerlo, cuál va a ser su función y los objetivos planteados. Los niños, niñas y adolescentes podrán tanto plantear nuevos objetivos como proponer suprimirlos o modificarlos. A lo largo de toda la intervención se escuchará y se tendrá en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes en todos aquellos asuntos que les afecten.

Se escuchará a los niños, niñas y adolescentes respecto a la intervención que se ha llevado a cabo y la finalización de esta. Se valorará de forma conjunta el grado de consecución de los objetivos. Para todo ello, es necesario integrar en los instrumentos de trabajo la ficha de recogida de opinión, la cual estará a su disposición para poder expresar sus opiniones y sugerencias.

### **2.9.1.4 CÓMO SE REALIZARÁ LA ESCUCHA**

- Es necesario crear las **condiciones que garanticen la confidencialidad**, realizando la entrevista en un lugar en el que sienta seguridad.
- Evitar elementos distractores e interrupciones. Los niños tienen que sentir la seguridad de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a

escuchar y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar. También es importante que no haya interrupciones durante la recogida de esta información, con el fin de dejar clara la importancia de esta opinión, evitando la percepción de que el entrevistador tiene cosas más importantes que hacer.

- Siempre que sea posible y los niños, niñas y adolescentes presten su consentimiento para ello, la entrevista se debe celebrar sin la presencia de progenitores o adultos que puedan tener algún conflicto de intereses respecto del divorcio de sus progenitores.
- Evitar que haya presiones de cualquier tipo para que pueda ejercer su derecho con libertad. Crear un entorno amigable.
- Debe registrarse cuidadosamente y de manera fiable la opinión de los niños, niñas y adolescentes. Evitar preguntas o actitudes sugestivas.
- Reducir al mínimo el número de profesionales con los que tiene que relacionarse.
- Los juguetes pueden crear un ambiente amistoso, pero también pueden ser un elemento de distracción. Valorar según edad y características de los niños y las niñas.
- Si la entrevista tiene que realizarse en el hogar, debe seleccionarse un lugar privado de la casa que esté alejado de los progenitores o hermanos y que parezca ser el lugar más neutral, con el consentimiento de niños, niñas y adolescentes, o el lugar que él mismo prefiera para poder hablar con el profesional.

#### **2.9.1.5 QUÉ INFORMACIÓN SE LE DEBE DAR AL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE**

Una vez que el niño, niña o adolescente ha expresado que pronunciará su opinión, será necesario establecer ante quién se emitirá esta opinión, según la Observación General N° 12, si no se les conoce, indicando su nombre y profesión. Luego se tendrá que explicar el cometido y funcionamiento del proceso de divorcio, si es necesario, así como el motivo por el que está ahí. Los niños, niñas y adolescentes han de recibir información y explicación acerca de sus derechos, además de hacerles saber que no es

una obligación opinar.

También se le tendrá que explicar el porqué de la entrevista, quien va a saber su opinión y qué oportunidades de expresar la misma puede haber. En este momento es muy importante aclarar sus expectativas, explicándoles el papel del entrevistador, así como hablar sobre la confidencialidad, es decir a quién se le facilitará esta información. Se debe prever el tiempo suficiente para lograr comunicar, informar y explicar, al nivel de entendimiento de cada niño, niña y adolescente, todas las implicaciones, beneficios y resultado de la recogida de su opinión en el proceso de divorcio de sus padres.

Para hacerse un juicio, los niños, niñas y adolescentes deben disponer de información y de comprensión suficiente. Además, de permitir que exploren la habitación y el material que haya (juegos, cuentos, pinturas...). Si hay material de grabación hay que explicar por qué y pedir consentimiento.

#### **2.9.1.6 EVALUACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CON APOYO TÉCNICO DEL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO**

- Comprensión y nivel de madurez (valorar si existe información previa)
- *Lograr un acuerdo verbal para que diga la verdad.*
- *Relato de una historia neutra y valorar comprensión y posibles preguntas.*

#### **2.9.1.7 Otras formas por medio de las cuales se podría realizar la escucha.**

En el proceso de escucha se pueden enfrentar una serie de dificultades que no permiten mediar presencialmente la escucha y opinión de los niños, niñas y adolescentes por parte del juzgador que sería lo ideal, esta dificultad se puede presentar por ejemplo cuando los NNA, se encuentran fuera del país junto a uno de los progenitores o cuidadores.

No obstante que la circunstancia señalada representa una dificultad, no debería ser obstáculo para que la misma se realice, ahí surge la creatividad del juzgador de buscar los mecanismos necesarios a efecto de poder obtener esa escucha y opinión, lo anterior considerando que son situaciones que actualmente no se

encuentran establecidas en el ordenamiento jurídico, pero que existe la posibilidad de poder hacer la gestión a través del consulado de El Salvador en el país donde se encuentre el niño, niña o adolescente, al que haya que escuchar su opinión.

Otro medio que también sería beneficioso, es hacer uso de los mecanismos tecnológicos y audiovisuales con los que contamos actualmente, como video llamadas o conferencias por las plataformas que brindan las tecnologías que sería un mecanismo necesario de poner en práctica con el objeto de que la distancia no sea un obstáculo para que el Derecho de escucha y opinión no se realice.

Estos mecanismos tecnológicos permitirían además hacer efectivo el Derecho en referencia en situaciones como las que se han presentado en los últimos años como es la pandemia por COVID 19, que aun cuando es necesario tomar en cuenta las medidas de bioseguridad o en el peor de los casos permanecer en confinamiento, los usos de los medios tecnológicos serían de mucha utilidad para escuchar a los niños, niñas y adolescente, aun cuando no se puedan llevar a los juzgados de forma presencial, pero que le permitirían al juzgador poder conocer algunos parámetros de la situación en que se encuentran los NNA y la opinión que tienen al respecto.

#### **2.9.1.8 IMPORTANCIA DE QUE LA RESOLUCIÓN DE LOS NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES SEA TOMADA EN CUENTA EN LAS RESOLUCIONES.**

A lo largo del abordaje de la temática respecto del Derecho de escucha y opinión del niños, niña y adolescente, hemos relacionado la importancia que tiene el hacer efectivo ese Derecho y cumplir con las expectativas señaladas en la normativa nacional como internacional respecto del Derecho en referencia.

Conviene ahora señalar también la importancia que debe darse en la práctica a esa escucha y opinión, dado que no es suficiente solamente con cumplir con la escucha y opinión del niño, niña y adolescente, sino que además, considerar que esa opinión sea tomada en cuenta por los operadores de justicia al momento de resolver lo concerniente a los derechos que surgen luego de disuelto el vínculo matrimonial, Derechos entre los que podemos mencionar cuidado personal,

relación y trato, alimentos entre otros que pudieran surgir.

En sintonía de lo anterior, es que surge la obligación para el Juzgador de valorar a partir de esa escucha lo que se va resolver respecto a lo evidenciado en el proceso y la escucha y opinión del niño, niña y adolescente, así como lo identificado en los diferentes estudios psicosociales y educativos realizados de acuerdo al caso específico.

De ahí surge la importancia, de que en el proceso no se limite a documentar lo indicado por el entrevistado en un acta por separado en donde consta la escucha y opinión que se realizó, sino que además en la resolución en la que se decida sobre los derechos de interés del NNA, el juzgador debe dejar constancia en la misma, del fundamento, motivación que justifique del porque resuelve de una determinada forma, esto permitirá identificar que la opinión y escucha del NNA fue tomada en cuenta y la motivación que lo llevó a decidir lo resultado aunque en un momento determinado no sea incluso lo solicitado pero que es lo que mejor garantiza sus derechos.

#### **2.9.1.9 QUEJAS, VÍAS DE RECURSO Y DESAGRAVIO**

Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños y las niñas procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea pasado por alto y violado. Los niños y las niñas deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. Los niños y las niñas deben saber quiénes son esas personas y cómo pueden acceder a ellas.

En el caso de los conflictos familiares sobre la consideración de las opiniones de los niños y las niñas, debe tener la posibilidad de recurrir a una persona de los servicios de juventud de la comunidad. Si el derecho de los niños y las niñas a ser escuchado se vulnera en relación con procedimientos judiciales y administrativos (art. 12, párr. 2), los niños y las niñas deben tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos. Los procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo.

De forma genérica en todos los informes que emita el equipo multidisciplinario, debe constar la opinión de los niños, niñas y adolescentes, así como una fundamentación

sobre el grado de coincidencia con la decisión que se adopte o con la propuesta que se realiza.

Además, podrán utilizarse comparecencias, cuestionarios, dibujos y otros documentos para recoger la opinión de los niños, niñas y adolescentes, adjuntándolos a la ficha de recogida de opinión en cualquier momento del proceso de divorcio.

### **2.9.2 Derecho del niño, niña y adolescente a ser escuchado según la LEPINA**

El artículo 94 de la LEPINA conforma un marco en los Derechos de participación, consagra el de opinar y ser oído, y en particular al texto de esta norma que establece que:

“...Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a opinar y a ser oídos en cuanto al ejercicio de los principios, garantías y facultades establecidos en la presente Ley. Este derecho podrá ser ejercido ante cualquier entidad, pública o privada y estas deberán dejar constancia en sus resoluciones de las consideraciones y valoraciones relacionadas con la opinión expresada por aquéllos. La opinión de las niñas, niños y adolescentes será recibida con métodos acordes a su edad y será tomada en cuenta en función de su desarrollo evolutivo...”

Este derecho es importantísimo para que los niños, niñas y adolescentes aprendan al ejercicio de la democracia y sepan que todos los seres humanos somos iguales y dignos de ser tomados en cuenta, con ello aprenden a el respeto a los demás, pero va más allá pues señala que deben de ser tomados en cuenta de acuerdo con su momento evolutivo, esto se nos olvida a los adultos y tomamos decisiones sin tomar en cuenta la opinión de ellos.

También, “...Se garantiza a las niñas, niños y adolescentes el ejercicio personal de este derecho, especialmente en los procedimientos administrativos o procesos judiciales que puedan afectar sus derechos e intereses, sin más límites que los derivados de su interés superior...”

Este derecho se garantiza especialmente decisiones debe de tomarlas ellos, elegir con quien vivir, donde vivir, estudiar, vestir, esto es especial para que el niño desarrolle su propia personalidad y aprenda el uso de su libertad. Pero se le debe de hacer ver cuando su elección puede dañarlo o no va de acuerdo con las normas sociales y de convivencia.

Constituye un avance muy importante que la niñez y adolescencia tenga una Ley

especial que reconoce sus derechos humanos, que les califica como sujetos plenos de derechos, y por tanto con los derechos a exigir sus propios derechos ante cualquier instancia; y siendo estos los que se ventilan y dirimen en los procesos de protección, en los de familia, o en otros similares; sean las madres, los padres, representantes o responsables los que tengan abogados, mientras que quienes son parte procesal principalísima, resultan sin abogado o defensa técnica, sólo “capaces” procesales para ser oídos, escuchar su opinión, que no es igual a “defender sus derechos”, puesto que la defensa material, esto es la capacidad de ser parte, se vería relajada sustancialmente si no cuentan de forma directa con la defensa técnica especializada de abogados que, incluso frente a padres o madres, defiendan sus derechos con la experticia de las ciencias jurídicas.

El carácter progresivo del ejercicio de los derechos no impide en nada que los sujetos niños, niñas o adolescentes sean parte procesal, pues tratándose de su protección son sujetos de derechos en lo sustantivo y en lo adjetivo. Los mecanismos de defensa técnica se encargarían de la representación y ejercicio adecuado del derecho de defensa como parte en los procesos judiciales.

Uno de los aspectos más relevantes es que “...La opinión de las niñas, niños y adolescentes será recibida con métodos acordes a su edad y será tomada en cuenta en función de su desarrollo evolutivo...” y debe ser así, debido a proporcionar la mejor y más adecuada forma para que el niño exprese su opinión en un asunto en el que tiene interés o se debaten sus derechos, o se deba tomar una decisión que le afecte.

Al respecto, las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, establece los parámetros para asegurar procedimientos adecuados con el fin de proteger y satisfacer las necesidades especiales de los niños víctimas y testigos de delitos cuando la naturaleza de la victimización afecte de distinta manera a una categoría de niños, como sucede cuando los niños, y en especial las niñas, son objeto de agresión sexual, indicando además las formas en que niños, niñas y adolescentes deben prestar testimoniales u opinar en determinados procesos judiciales, entre ellos la atención a los principios del interés superior del niño, dignidad, no discriminación, derecho a la participación, entre otros.

Todo esto a través de mecanismos apropiados para rendir declaraciones o emitir opinión, tales como las cámaras de Gesell, derecho a una asistencia eficaz de niños, niñas y adolescentes o sus familiares, asegurando el derecho a la intimidad del niños, niñas y adolescentes, velando por que los niños víctimas y testigos de delitos puedan

expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso de justicia, sus preocupaciones acerca de su seguridad en relación con el acusado, la manera en que prefieren prestar testimonio y sus sentimientos acerca de las conclusiones del proceso y prestando la debida consideración a las opiniones y preocupaciones del niño y, si no les es posible atenderlas, explicando al niño las causas.

### **2.9.3 Derecho del niño, niña y adolescentes a ser oído desde la Sentencia Atala Riffo y niñas vs Chile de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Respecto de este derecho, la CIDH ha dicho que:

“Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas provisiones sobre el derecho a ser escuchado de los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.”

Por ello se entiende que en los procesos que involucran niños, niñas y adolescentes, será necesario que se tome en consideración la opinión de estos, cuando se trata de procesos de divorcio, se pone en controversia el cuidado personal de los ellos y eso significa saber qué opinan.

Tal como se hace en los puntos anteriores de la sentencia, lo primero que hace la CIDH es especificar el contenido del derecho que se analiza engarzado en las garantías de la tutela judicial, estableciendo:

“no es posible una aplicación correcta del artículo 3 (interés superior del niño) si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”

Este derecho coadyuva en el diseño del principio del interés superior del menor y se convierte en requisito indispensable. El punto de partida de la discusión radica en las afirmaciones de la Comisión Interamericana al apuntar que la Corte Suprema no emprendió esfuerzos para escuchar a las niñas; por su parte, los representantes alegan que, a pesar de la existencia de mecanismos procesales para la materialización de este

derecho, éstos fueron ignorados.

Dicho lo anterior, el Comité realizó una serie de especificaciones, a saber: i) “no puede partir[se] de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones”; ii) “el niño no debe tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”; iii) el niño puede expresar sus opiniones sin presión y puede escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado; iv) “la realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias”; v) “la capacidad del niño [...] debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”, y vi) “los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica”, por lo que la madurez de los niños o niñas debe medirse a partir de “la capacidad [...] para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente”.

Estas premisas deben diseñarse para que se puedan tomar en cuenta estos aspectos dependiendo del caso que se presente y lo que mayormente favorezca al interés superior del niño, niña o adolescente.

Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. En consecuencia, el aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al

examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto.

No sólo se establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso.

Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones.

## **2.10 INTERVENCIÓN PROCESAL DEL NIÑO. DERECHO AL ACCESO A LA JUSTICIA.**

El derecho de acceso a la justicia hace referencia a un conjunto de derechos y garantías que los Estados tienen que asegurar a sus ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, para que puedan acudir a la administración de justicia a resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, de conformidad con el ordenamiento jurídico. Se aplica a todas las jurisdicciones y tiene un contenido amplio, siendo concreciones de este la asistencia jurídica y la defensa por un abogado totalmente independiente, la especialización de la justicia, la eliminación de barreras arquitectónicas, la protección de las víctimas y testigos, la gratuidad, la asistencia de un intérprete, si fuera necesario, así como las garantías del debido proceso. (Conde, 2009)

La niñez y adolescencia han sido consideradas históricamente como una minoría, no por cuestiones estadísticas, sino que por el tratamiento histórico del que han sido objeto, siendo vulnerables e incluso han sido invisibilizados para efecto de garantía de sus derechos; asignándoles a este grupo de seres humanos tanto histórica como modernamente la denominación de “menores”, teniendo tanto jurídicamente como socialmente la calidad de incapaces para hacer valer sus derechos por sí mismos.

No obstante, lo anterior, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos

humanos, reconocen los derechos de los niños, niñas y adolescentes, pues al entenderse personas, gozan de toda la protección legal y de las garantías estatales, haciendo algunos de ellos, alusión especial a la infancia. Es decir, que la niñez y adolescencia posee todos los derechos que corresponden a los seres humanos, pero además tienen derechos especiales derivados de su condición, asignando en la doctrina actual, roles específicos para que la familia, la sociedad y el estado, coadyuven a la garantía de estos. (Beloff, 2008)

La relación de la ley infraconstitucional con los niños ha sido, desde los tiempos antiguos, una relación de discriminación; discriminación paternalista, acción positiva, discriminación basada sobre “buenas razones”, pero discriminación al fin. Una vez que la infancia fue percibida de forma diferenciada respecto del mundo adulto por parte del derecho, esa diferencia se expresó en una compleja combinación entre discriminación y protección. Los diferentes movimientos de protección a la infancia desvalida desde sus lejanos comienzos en tiempos de la industrialización más allá de sus contradicciones en otros órdenes coincidieron en señalar que los niños tenían derecho a la educación, vivienda, comida y familia, entre otras cuestiones básicas.

Los debates, a lo largo de los años, giraban en torno de quién era el obligado a garantizarlos y con qué alcances, en otras palabras, qué significaba proveer a un niño de “familia”, “vivienda” o “educación”, etc.; pero no se discutía que proteger a un niño tuviera que ver con esos componentes básicos que, en la terminología actual, integran el conjunto de los llamados derechos “económicos, sociales y culturales” (en adelante, DESC). (Beloff M., “La protección de los niños y las políticas de la diferencia” Lecciones y Ensayos, 2011)

El sujeto de la Convención sobre los Derechos del Niño es precisamente el niño. El objeto de la Convención es reforzar la protección de los niños como plenos sujetos de derechos humanos, ya que ellos tienen todos los derechos propios de todos los seres humanos y, además, son beneficiarios de cierta protección especial en su calidad de grupo más vulnerable. De este modo, como se señaló precedentemente, el artículo 1º de la CDN establece que “se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. El principio de interés superior del niño como idea rectora en el área de los derechos del niño es una idea antigua en el orden internacional.

La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, confirmó de manera clara este principio, vinculándolo además al de la prohibición de la discriminación, al señalar que “la

no discriminación y el interés superior del niño deben ser consideraciones primordiales en todas las actividades que conciernan a la infancia, teniendo debidamente en cuenta la opinión de los propios interesados”. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño, como instrumento internacional de

carácter vinculante, establece un antes y un después en la protección de los derechos de los niños y en su definitivo establecimiento como sujetos plenos de derechos.

Efectivamente, con la Convención, cambia la protección jurídica del grupo etario formado por niños, niñas y adolescentes. Justamente, en este sentido se pronuncia Larumbe cuando señala que con este instrumento internacional se supera la Doctrina de la Situación Irregular al menos formalmente para dar lugar a la Doctrina de la Protección Integral, que conceptualiza al niño, niña y adolescente como sujeto portador de derechos sin distinción de ningún tipo: “todos los derechos para todos los niños”. (Cavallo, 2008)

### **2.10.1 La participación del niño, niña y el adolescente en el proceso judicial**

La opinión de los niños en procedimientos judiciales y administrativos Cuando la Convención propugna la intervención del niño dentro de un procedimiento judicial, bien sea civil, penal, o dentro de un procedimiento administrativo, amplía el espectro de posibilidades hacia las decisiones que órganos de carácter administrativo o judicial puedan adoptar en materias donde tradicionalmente los niños no eran consultados, tales como divorcios, visitas, colocación, guarda, educación, salud, recreación, ambiente, etc. En todo caso, la condición indispensable, es que en el mismo esté siendo tratada una situación fáctica estrechamente vinculada con el niño.

“La Convención deja a cada legislación la forma de regular dicha participación procesal, señalando de antemano que la misma puede ser bien directamente o a través de un representante u órgano apropiado. En este orden de ideas el Manual de Preparación de Informes sobre Derecho Humanos de 1998 comenta: Cada una de estas formas es una alternativa posible destinada a dar al niño la mejor posibilidad para que exprese sus opiniones libremente y con conocimiento de causa.”

Un representante puede ser una persona responsable del niño, en particular los padres o los tutores, pero también puede designarse específicamente a alguien para un determinado asunto que concierna al niño: este será el caso cuando los procedimientos apunten a conflictos de intereses entre el niño y los padres. Un órgano apropiado significa

cualquier persona o institución, incluso de índole no gubernamental, que pueda intervenir en nombre del niño y esté guiada por su interés superior. (Ferrer, "El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana", 2007)

Françoise Doltó examina tres aspectos en la vida del niño: la continuidad del cuerpo, la continuidad de la afectividad y la continuidad social. "Lo que es continuo en el propio niño es su cuerpo y su afectividad. Su cuerpo se construyó en cierto espacio, con sus padres que estaban allí...". "Si cuando la pareja se desune, el niño tiene la posibilidad de permanecer en el espacio en que sus padres han estado unidos, hay continuidad y el trance del divorcio se cumple mucho mejor para él".

Este derecho de participación se puede ver sesgado por el Síndrome de Alienación Parental (SAP) (Gardner, 1985) definido como un trastorno que se presenta en la niñez y que surge casi exclusivamente en el contexto de una disputa por la custodia del niño. Su manifestación primaria es una campaña de denigración de un progenitor anteriormente querido por el niño, a la que se agregan elementos que el propio niño aporta para alejarse cada vez más del progenitor alienado. Este concepto no se aplica a casos de maltrato físico o abuso infantil, en los cuales la animosidad y el temor del niño hacia un progenitor, se justifican.

El derecho de escucha de la opinión de los niños, niñas o adolescentes puede verse afectado debido a la falta de objetividad de la opinión del niño, niña o adolescente, por lo que es importante en la actividad judicial, detectar algún acto de alienación parental.

Sin embargo, la prueba de la existencia de actos de alienación parental no son determinantes debido a que el juez debe preponderar el derecho a la integridad física y psicológica de los niños, niñas y adolescentes ante la evidencia de abuso por parte de alguno de los progenitores.

Claramente, el juez no siempre puede detectar si existe algún tipo de influencia negativa o se trata de la opinión real de niño, niña o adolescente, por ello, es importante apoyarse en el equipo multidisciplinario para poder esclarecer el entorno y la situación en la que se encuentra el niño, niña o adolescente.

No obstante, la ausencia de reconocimiento jurídico este síndrome, genera que esta situación no sea tomada en consideración por los operadores judiciales, y, peor aún, no sea reconocido como un factor determinante para establecer el cuidado personal y/o el régimen de visitas, o su variación dentro de los procesos de divorcio.

Debido a esto, en el caso de que el juez pueda detectar que el niño, niña o adolescente pueda estar influenciado de manera negativa, lo más recomendable sería que se apoye

en el equipo multidisciplinario para obtener más información sobre la realidad del niño, niña o adolescente. Los informes que rinde el equipo multidisciplinario únicamente ilustran al juez para que pueda ser un apoyo al momento de tomar una decisión, aun cuando estos informes no son vinculantes o determinantes para tomar una decisión, resultan importantes ya que esto le da herramientas al juez para motivar la sentencia.

En caso de encontrarse frente a un caso de presunta alienación parental, el juez podría tomar en consideración lo que incorpora el equipo multidisciplinario en sus informes y motivar en la resolución que, más allá de lo expresado por el niño, niña o adolescentes, la decisión se basará en su interés superior.

Todos estos aspectos deben tomarse en cuenta debido a que el divorcio si o si, implica la separación de sus miembros, si el hogar se destruye debido a la ausencia de un progenitor o a la ruptura de la pareja, o si él mismo debe abandonarlo, el niño va a conocer dos niveles de desestructuración: el nivel espacial, que repercute en el cuerpo; y el nivel de afectividad, con disociación de sentimientos. Un cambio en la residencia habitual del niño y en la escuela implicaría "un doble desasosiego": por una parte, su ser íntimo se quebranta por la separación de sus padres y su ser social queda también dañado.

Considerando la independencia de jurisdicción debido a la materia (ya sea constitucional, local o alguna otra), los niños pueden acudir por sí mismos o a través de un representante legal, para llevar casos a los tribunales con el objeto de denunciar violaciones a sus derechos. Los niños y adolescentes menores de 14 años pueden intervenir en cualquiera de los procesos judiciales o administrativos previstos en la LEPINA por medio de su madre, padre y otros representantes, y en su caso, por el Procurador General de la República o sus agentes debidamente facultados para ello. (Gorvein, 2020)

Los adolescentes mayores de 14 años tienen derecho a llevar casos a los tribunales por su propio nombre o con la asistencia de un representante legal. El artículo 219 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia establece que la protección judicial de los derechos de la niñez y de la adolescencia puede ser requerida por el niño o adolescente cuyos derechos han sido amenazados o vulnerados, o por la madre, padre u otro representante legalmente facultado del niño o adolescente afectado, por el Procurador General de la República y por el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos. En los casos de pérdida o suspensión de patria potestad y de privación de la administración de propiedad tendrán que actuar representados por el Procurador General de la República o por sus agentes debidamente facultados para ello.

## **2.10.2 PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO DONDE INTERVIENE UN NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE**

La idea de desarrollo y protección integrales supone la titularidad de derechos por parte del menor: derechos humanos o fundamentales, en general, y derechos humanos de carácter específico, como adelante señalara: en suma, un estatuto de derechos y libertades que traduce y ampara la dignidad del ser humano menor de edad niño, adolescente y asume la necesidad de proveer condiciones jurídicas específicas conforme a las circunstancias del sujeto en desarrollo. Difícilmente se podría decir que aquí exista un giro sustancial de la jurisprudencia interamericana, que invariablemente ha sostenido la condición jurídica del menor de edad, su calidad de sujeto de derechos; lo que en todo caso ha existido, en el curso del tiempo, ha sido la ponderación o puntualización sobre las implicaciones de esa calidad en ámbitos específicos o relaciones jurídicas concretas

En este campo han entrado en colisión dos formas de considerar la posición del niño y el adolescente en el sistema jurídico general y especial: por una parte, reconocimiento de que el menor de edad es titular de derechos; por la otra, énfasis en el desvalimiento del sujeto y en el deber (y la facultad) de protección a cargo de la autoridad familiar y la autoridad estatal. Esto último, llevado al extremo, convertiría al individuo en objeto de tutela, más que en sujeto de derecho. Cuando analiza el artículo 19, CADH, la Corte Interamericana ha sido enfática al establecer que los menores de edad son verdaderos sujetos de derecho y no sólo objeto de protección. (Ramírez, 2006)

La Corte IDH ha puntualizado la especificidad de la justicia para menores que no implica, subrayémoslo de nuevo, sustracción de derechos y garantías; por el contrario, significa plus, no minus: para atender al niño, el Estado “debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas”; en diversos términos: los menores a quienes se atribuye la comisión de conductas penalmente típicas “...deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”. La Corte aborda cuestiones relevantes: juez natural, doble instancia y recurso efectivo, principio de inocencia, principio de contradictorio, principio de publicidad, acotado “...en cuanto a la observación pública de los actos procesales” para preservar al niño y al adolescente de “...apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que

podieran gravitar sobre su vida futura”.

## **2.11 EI DIVORCIO**

### **2.11.2 Concepto de divorcio**

La palabra “divorcio” proviene del romano *divertere*, que se pronuncia también *divortere*, y que significa separación. Por eso se decía “*divorsium per diversum*”, que significa “cada uno por su lado”. Se puede señalar que el divorcio es la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos conyugues, o sea, la disolución absoluta, plena y duradera del vínculo de matrimonio, pudiendo, por lo tanto, ambos conyugues contraer nuevas nupcias.

El divorcio Por diversas causas resulta cada vez más frecuente que las parejas que no funcionan opten por el divorcio. Esta figura ha sido criticada por quienes la consideran responsable de la desintegración familiar; sin embargo, con este orden de ideas, podría concluirse que, si el divorcio es el causante de la descomposición familiar con todas sus negativas consecuencias, con prohibirlo tendríamos el renacimiento de la armonía conyugal y de la integración familiar.

Desafortunadamente no es así, el divorcio no es más que la expresión final y legal de una realidad, el fracaso de una unión conyugal y la única salida para evitar males mayores. (Contreras, 2015).

### **2.11.3 Modificación del divorcio absoluto**

La ley modifica fundamentalmente el concepto absoluto de perpetuidad del matrimonio, decía así el art. 1: “El matrimonio civil lleva desde su origen el carácter de perpetuidad hasta que se produzca alguna de las causas de disolución expresadas en la ley”. Esas causas eran, según el art. 32, la muerte o civil de alguno de los cónyuges y el divorcio. Y el art. 34 definía el divorcio de la siguiente manera: “Se entiende por divorcio para los efectos de esta ley, la separación de los casados con disolución del vínculo matrimonial”. Es así como en nuestra legislación, el divorcio ha sido un tema debatido y su regulación de variable aplicación hasta acogerse al criterio del divorcio absoluto, sólo para los matrimonios civiles contraídos por personas que profesaban la religión católica, tan es así que el art. 120 del Código Civil de 1860 ordenaba que una ley especial, se dictara para señalar las formalidades de los matrimonios de los que no profesaban la religión católica.

En cumplimiento de esta normativa, se expide la Ley de 1880, a la que hemos hecho

referencia en el tema relativo a los antecedentes legislativos del matrimonio, regulando lo concerniente a este tipo especial de divorcio y se decía: "Que en cumplimiento de lo prescrito en el art. 120 del Código Civil es indispensable determinar las formalidades y requisitos con que deban contraerse en el territorio de la República los matrimonios de personas que no profesan la Religión Católica. Que la falta de semejante determinación es obstáculo que impide a esas personas venir a establecerse en nuestro país, por no poderse casar conforme a sus creencias y religión, con lo cual se perjudica.

Posteriormente en el año de 1894, el legislador considero como imperativo del progreso alcanzado por el país. el restablecimiento del divorcio absoluto. Tan necesario era, que se dio la "Ley de Divorcio Absoluto.; para que esta Ley pudiera establecerse fue necesaria la intervención directa de la opinión pública que logro a través de una campaña permanente que se dictara tanto la ley de 1880, como la abrogación de la ley de 1881." Y patrocino el restablecimiento del divorcio con disolución del vínculo matrimonial. La Ley de Divorcio Absoluto, fijo taxativamente los motivos por las cuales podría este decretarse; en lo sucesivo. el legislador en forma expresa, el acceso al divorcio absoluto por la causal de mutuo consentimiento; pero esta ley fue parcialmente reformada por Decreto Legislativo del 24 de mayo de 1900, en la cual se introdujo además la causal de divorcio por abandono de un año que no había sido regulada anteriormente ya que sólo había significado un elemento calificativo de la causal de adulterio del marido. Además de la causal referida, se agregó la reconciliación en el art. 9 de la citada ley, éste debía manifestarse por escrito ante el juez de primera instancia, quien al declararla remitía al alcalde donde se había celebrado el matrimonio, un oficio para que restableciera el registro del matrimonio cancelado.

Esta última reforma se dio para hacer efectiva la práctica de la reconciliación en los procesos de divorcio. Posteriormente se dio el Tratado de 1901, con el objeto de fijar las bases de una legislación uniforme para toda el área centroamericana y se realizó el Segundo Congreso Jurídico Centroamericano, donde se suscribió un tratado de Derecho Civil, según el cual las repúblicas centroamericanas reconocían el divorcio como disolución del vínculo, aún por mutuo consentimiento de los cónyuges, así el art. 22 en el literal "h", de este Tratado reconoce el divorcio en cuanto al vínculo, aún por mutuo consentimiento. En el año de 1902 se modificaron en parte los motivos del divorcio, y se incorporaron a nuestra legislación, dándole el trámite correspondiente.

"Cuando dos personas comienzan a interactuar y a establecer una relación continuada, se comunican entre sí en forma verbal y no verbal, fijan de consuno reglas básicas para su conducta y métodos de comunicación, incluyendo mensajes o respuestas

estereotipadas o abreviadas" gradualmente se van convirtiendo en un sistema, el sistema marital.

Al referirse al sistema marital, Clifford Sayer dice que constituye una entidad nueva y cualitativamente distinta; donde el todo difiere de las partes; esto forma parte de la concepción que estudia al hombre en interacción con los demás y con otros sistemas mayores de los que forma parte.

#### **2.11.4 Características de la acción de divorcio**

El divorcio es no sólo una acción personalísima, sino además exclusiva de los cónyuges, por lo que sólo pueden intentarla los interesados, Por supuesto, ello no impide que pueda nombrarse a un representante para que comparezca en el juicio. (Rojas, 2008).

#### **2.11.5 Naturaleza del divorcio**

La naturaleza del divorcio se explica desde dos aspectos fundamentales, el primero es un aspecto jurídico en el cual se ve al divorcio como un acto judicial por virtud del cual se termina legalmente la institución del matrimonio; y el segundo es un aspecto social en el que es una solución a las lamentables condiciones de la vida familiar que resultan más nocivas para la formación y equilibrio espiritual de los hijos, pero es un mal necesario para la sociedad. La acción de divorcio comparte con el resto de las acciones procesales su naturaleza esencial, en el sentido de que es un derecho subjetivo, es decir, una facultad y, por lo tanto, un acto de voluntad; se ejercita ante órganos jurisdiccionales, ya que sólo mediante un pronunciamiento de estos se decreta la disolución del matrimonio por este medio, y dicha resolución puede afectar la esfera jurídica no sólo de las partes, sino de terceros, como sucede, en su caso, con los hijos del matrimonio disuelto.

En cada uno de los conceptos de divorcio citados anteriormente se encuentra implícita la naturaleza jurídica del mismo, la cual es disolver el vínculo matrimonial, allí es donde tiene su significado natural, su funcionalidad y su importancia.

#### **2.11.6 Causas de divorcios**

El divorcio debe de ser presentado, por los motivos son los siguientes:

1. *Consentimiento de ambos conyugues, los cuales deben acordar los puntos básicos del acto, es decir cuidado personal y régimen de visitas para los hijos, cuota alimenticia; liquidación del régimen patrimonial (si es que hay algo que liquidar); para ello deberán suscribir el CONVENIO DE DIVORCIO. El cual puede tramitarse en cualquier juzgado del País.*

2. *Separación por más de un año; esta deberá ser una separación de hecho:*

"La separación de hecho implica el quebrantamiento de la convivencia por el alejamiento físico producido entre los cónyuges más allá de que permanezcan viviendo bajo el mismo techo, con incumplimiento total y absoluto de los deberes matrimoniales es" esto necesita la comprobación de la separación absoluta.

Se deberán presentar testigos, y pruebas idóneas para demostrarle al juzgador la separación y el tiempo que se presenta separados, la demanda se interpondrá en el lugar del domicilio del demandado.

3. *Vida común intolerable; se entenderá esta cuando concurren motivos suficientes para entenderse este, es decir; incumplimiento grave o reiterado de los deberes del matrimonio (fidelidad, respeto, etc.), mala conducta notoria de alguno de ellos o cometer un hecho grave, regularmente esta causal tiene especial connotación ya que puede estar ligada a otros procesos entre ellos procesos penales.*

### **2.11.7 Efectos del divorcio**

La sentencia de divorcio arroja consigo varias obligaciones respecto de los cónyuges con sus hijos, si es que los hubiere. El juez, en gran parte, queda facultado para decidir lo relativo a derechos y obligaciones a la custodia y su pérdida, suspensión o limitación, según el caso y en especial a la custodia y cuidado de los hijos. Los elementos necesarios para ello, debiendo escuchar a ambos progenitores y a los niños niñas y adolescentes para evitar conductas de violencia intrafamiliar o cualquier otra circunstancia, en pocas palabras se vela por la protección de los niño y adolescente, Una vez que la sentencia de divorcio causa ejecutoria, se procede a la división de bienes comunes, tomándose las precauciones necesarias para asegurar las obligaciones que queden pendientes entre los cónyuges o en relación con los hijos.

## **2.12 PROTECCIÓN LEGAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES.**

### **2.12.1 Constituciones Federales de 1824 y 1835**

Durante la vigencia de las Constituciones Federales de 1824 y 1835, el legislador de esa época carecía de una clara idea de los conceptos que hoy en día se conocen y que contempla la legislación actual, es decir conceptos como familia, menores, ahora llamados niños y adolescentes y el matrimonio.

Así en la Constitución Política del 20 de enero de 1939, se incorpora una novedad y es que se trataba de la Institución del Bien de Familia, el cual desde un principio se estableció que sería regulado por una legislación con carácter especial, todo lo anterior de conformidad a lo dispuesto en los 25.2a, con relación a lo estipulado por el artículo 61; en ese sentido se puede asegurar que en esta Constitución es donde se incorpora por primera vez en la historia del Derecho Constitucional salvadoreño, un capítulo con este matiz especial ya que contempla expresamente materia de familia y por consiguiente se encuentran comprendidas la niñez salvadoreña, esto bajo el Capítulo III denominado Familia y Trabajo.

Para el año de 1940, se crea la Asociación Nacional Pro-Infancia, la cual en sus inicios se encontraba bajo los auspicios del Gobierno y tenía como objeto principal el de trabajar en favor de la niñez salvadoreña y hacer suya la Declaración Universal de los Derechos del Niño, en ese sentido podemos ver que a medida avanzaba el tiempo el interés por procurar un bienestar para los niños y adolescentes iba cobrando un mayor auge, algunos de los programas más importantes que desarrolló esta Institución fueron: el de Ayuda Nutricional, Protección Escolar, entre muchos otros; se desconoce si se lograron resultados positivos o exitosos con la implementación de dichos programas, pero el indicador más obvio para determinar dicha situación era la existencia de niños pobres y abandonados en ese entonces.

### **2.12.2 Constitución Política de 1950**

La Constitución Política de 1950, contenía una serie de directrices que estaban dirigidas a los menores y fueron tomadas en cuenta para ser aplicadas o comprendidas en la Constitución de 1962, la cual textualmente decía: “La delincuencia de los menores

estará sujeta a un régimen jurídico. especial”.

Con esto se logra observar que el legislador de la época, trataba de dar un trato diferenciado a los menores que ostentaban una conducta antijurídica, esto conlleva a pensar que se estaban dando pasos pequeños pero seguros hacia el reconocimiento de derechos en pro de los niños y adolescentes en El Salvador; para dar cumplimiento a ese trato diferenciado hacia los menores que delinquían fue que el 14 de julio del año 1966, se decreta la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, la cual contenía como finalidad primordial la de sustraer a los menores de la acción de la justicia penal destinada a los mayores, sometiéndolos a tribunales especiales y aplicándoles medidas para protegerlos, educarlos y adaptarlos a la vida social, con ello se estaba tratando de garantizar cierto tipo de derechos hacia los niños.

### **2.12.3 Constitución de la República de El Salvador de 1983**

Efectivamente la Constitución de la República de El Salvador, la cual data de 1983, en su Título I Capítulo Único se encuentra establecido “La persona humana y los fines del Estado”, el artículo 1 establece expresamente el reconocimiento a la persona humana como el origen y el fin de la actividad de Estado, el cual se encuentra organizado para la consecución de la justicia, la seguridad jurídica y del bien común. Consecuentemente es obligación del Estado asegurar a los habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social.

El Estado tiene la obligación de satisfacer las necesidades de este sector vulnerable, para este efecto ha creado la normativa en pro de los niños y adolescentes en situación de calle o indigencia, así como también crear una serie de instituciones tendientes a asegurar y proporcionar los derechos inherentes a su persona como lo son el derecho a una vivienda, a la alimentación, salud, educación, vestuario, etc. (Constitución de la República de El Salvador, 1983)

Se menciona en este artículo el deber que tiene el Estado o la obligación de satisfacer todo tipo de necesidades ya sea de tipo física, espiritual y cultural, para quienes habitan en todo el territorio, por lo tanto, se incluyen a todos los sectores de la población. Por otro lado, el artículo 32 de la Cn., establece literalmente que:

“Todo menor tiene derecho a vivir en condiciones familiares y ambientales que le permitan su desarrollo integral, para lo cual tendrá la protección del Estado. La ley determinará los deberes del Estado y creará las instituciones para la protección de la maternidad y la infancia”.

El artículo mencionado anteriormente se ubica dentro de los derechos sociales los cuales se encuentran encaminados a la protección del menor, es decir, a la obligación que el Estado como ente superior tiene para con ellos, a los derechos que tiene la niñez y adolescencia en nuestro

país ya sea que se encuentren en una situación de riesgo social (niños y adolescentes indigentes) o niños que no se encuentren en tal situación.

El objetivo que el Estado busca es de lograr que los niños y adolescentes en general puedan alcanzar el máximo desarrollo integral, entendido éste como el crecimiento de los niños en buenas condiciones físicas, materiales y sociales, lo cual le permitirá a posteriori el desenvolvimiento útil en la sociedad y por ende hacer una sociedad desarrollada y más justa. El Estado como ente que debe de garantizar los medios y condiciones necesarias para que los niños gocen de sus derechos sin distinción alguna, crea la legislación relacionada a la protección de la niñez y la adolescencia para el caso como lo fue el Código de Familia, Ley del Instituto de Protección al Menor, entre otras.

Así como establece el artículo 35 de nuestra Carta Magna, en estrecha armonía con los artículos citados con anterioridad, establece el deber que tiene el Estado en cuanto a la protección de los niños:

“El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia. La conducta antisocial de los menores que constituya delito o falta estará sujeta a un régimen jurídico”.

La Constitución de 1983 continúa vigente hasta nuestros días y es la que ha dado la pauta para ir reconociendo paulatinamente los derechos en pro de la niñez y adolescencia. Hans Kelsen sostiene que “existe un orden jerárquico entre las normas jurídicas, constituido por relaciones de subordinación y de coordinación”, menciona además que la estructura lógica del ordenamiento jurídico constituye “no un sistema de normas jurídicas de igual jerarquía, situadas unas al lado de las otras, por así decir, sino que existe un orden gradado de diferentes capas de normas” esta afirmación hecha por Kelsen, constituye la denominada Teoría de la Pirámide Jurídica. (Torré, 2003)

Teoría con la cual se explica que existe un orden jerárquico de leyes, para el caso de nuestro país, la Constitución de la República, se encuentra en la cúspide de la pirámide y lógicamente se encuentre por encima de las leyes secundarias que son las que desarrollan más minuciosamente las disposiciones generales contenidas en la Carta Magna, por esta razón es que se tomará en cuenta la evolución que se ha dado en

materia de reconocimiento de derechos en pro de los niños y adolescentes.

## **2.13 RECONOCIMIENTO DE DERECHOS Y GARANTÍAS A LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA**

### **2.13.1 Código Civil**

En un principio, nuestro Código Civil el cual data de 1860, englobaba derechos a favor de los niños, los cuales se consideraban esenciales para lograr el crecimiento, desenvolvimiento y desarrollo integral de este sector indefenso de la sociedad.

Existe una relación entre este artículo del actual Código Civil y el artículo 1 de la Constitución de la República, en cuanto que reconoce a la persona humana desde el momento de la concepción. protegiendo lógicamente a los niños desde el mismo momento en que es concebido. Representación legal de los niños Según lo dispuesto por el artículo 41 reconoce el derecho de todo niño a ser representado legalmente y dicho artículo nos remite a las disposiciones contempladas en el Código de Familia y es en el Capítulo III, denominado Representación Legal, Representación de los hijos artículo 223 que establece que “el padre y la madre que ejercieren la autoridad parental, representaran a sus hijos...”.

### **2.13.2 Código de Familia**

Este código entró en vigencia en octubre del año 1994, con esta innovación en materia de legislación de familia, se pretendía establecer una protección integral, garantizando los derechos fundamentales de los niños, considerando los principios y derechos establecidos en la Constitución de la República y la Convención de los Derechos del Niño. En ese sentido es que aparece regulado en el Código de Familia en su libro V, denominado “Los menores y las personas de la tercera edad”, en el Título Tercero Los Menores, Capítulo Único “Deberes del Estado, Sistema Nacional de Protección a la Familia, al Menor y Personas Adultas Mayores”.

A efectos de la presente investigación, el articulado que es de gran utilidad para determinar el grado de protección que se ha venido otorgando a favor de la niñez y adolescencia en riesgo social en nuestro país es el que se detalla a continuación: El artículo 399 del Código de Familia establece un Sistema Nacional de Protección a la

Familia y Personas Adultas Mayores, la cual estará a cargo del Estado, en el mismo artículo se hace referencia a que la protección a favor de los menores, se hará mediante la implementación de acciones gubernamentales y no gubernamentales, coordinadas por el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor.

Continúa mencionando el artículo que dicho sistema nacional será el que garantizará la satisfacción de las necesidades básicas de alimentación, vivienda, salud, educación y desarrollo

integral del menor. Otro punto importante es lo que establece el artículo 400 del cuerpo normativo en mención y es que acá se establece quienes integran los Sistemas Nacionales de Protección a la Familia Personas Adultas Mayores y al Menor, quienes serán los encargados de velar por los adultos mayores y los menores.

### **2.13.3 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia**

La Ley de Protección Integral de la Niñez y adolescencia de El salvador (LEPINA), surge como un acuerdo entre la Comisión Coordinadora del sector Justicia, y la Unidad Técnica Ejecutiva, en donde se pretende formular un proyecto de ley para la protección de la Niñez y Adolescencia en nuestro país, todo ello con la ayuda económica del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Por lo que el 1 de octubre de 2008 el proyecto de ley recibió la iniciativa de ley correspondiente, el cual fue aprobado por unanimidad del pleno de la Asamblea Legislativa el 26 de mayo de 2009 y fue sancionada por el 78 presidente de la República el 15 de abril de 2009.

Estableciendo una vacación legal de un año por lo que entraría en vigencia el 16 de abril de 2010. A continuación, desarrollaran los contenidos del fin primordial de la LEPINA, su ámbito de aplicación, sujetos obligados a la aplicación de la ley, los principios rectores y algunos derechos que se consideran de mayor importancia para la protección y desarrollo integral de la niñas, niños y adolescentes en estado de abandono o especial referencia de los niñez y adolescencia de la calle.

La finalidad primordial de la ley en estudio consiste en dos aspectos primero “garantizar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos” y en segundo lugar se encuentra “el cumplimiento de los deberes de todas las niñas, niños y adolescentes en El salvador”.

La ley no contempla ni desarrolla mayormente esta finalidad, sino que simplemente se limite a mencionarla a establecer los entes encargados de llevar a cabo el cumplimiento

de este. Es necesario y prudente hacer un alto en este momento para poder concretizar en las definiciones siguientes las cuales ayudaran a la comprensión de los contenidos a desarrollar: En primer lugar, definiremos lo que entenderemos por niño: “todo ser humano, desde su nacimiento hasta los dieciocho años, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Por otra parte, son considerados niñas, niños o adolescentes: “los ciudadanos sociales, que, aunque carezcan de ciudadanía política (capacidad para elegir y ser electos) y ciudadanía civil (capacidad de ejercer con plena autonomía el derecho de establecer compromisos y celebrar contratos)”. La ley define que niña, niño, son: “toda persona desde el instante de la concepción hasta los doce años cumplidos”; y adolescente se entenderá: “toda persona que haya cumplido los doce has que haya cumplido los dieciocho años”.

Se entenderán además por derechos: aquellas facultades, cualidades o valores atribuidos (necesariamente) a los ciudadanos con el fin de que éstas cuenten con condiciones indispensables para su debida subsistencia y desenvolvimiento.

En lo que respecta al ámbito de aplicación de la ley establece el artículo 6 que dicha ley empleara a todas las niñas, niños y adolescentes primero a los nacionales, es decir que hayan nacido en el territorio de la República salvadoreña, en segundo lugar a los extranjeros, aquí deben de comprenderse dos aspectos uno de ellos es que los extranjeros que tengan nacionalidad salvadoreña y que residan en el país, y dos aquellos extranjeros que solo se encuentren temporalmente en el territorio de la República.

La ley establece primordialmente los encargados de velar por el bienestar y desarrollo integral de la niñez y adolescencia, dentro de estos tenemos la familia pero es necesario hacer mención en este sujeto obligado, ya que como se sabe la realidad de las familias salvadoreñas muchas de ellas no son familias integradas por mamá, papá e hijos sino que como se conocen los núcleos familiares por familias desintegradas por lo que éste también es un factor que es de considerarlo necesario para la existencia de conflictos familiares ya que muchos estudios ha determinado que los factores de delincuencia y especialmente que los menores abandonen sus hogares a temprana edad es la falta de un hogar estable.

A pesar de que la legislación de nuestro país contempla que el Estado será el ente encargado de velar por la inclusión y sobre todo por protección, integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico. Por lo que la base fundamental de la familia es el

matrimonio, se entiende por familia el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial, o el parentesco. Otro ente encargado son los representantes o responsables de las niñas, niños y adolescentes, entendiéndose por estos: como aquellas personas mayores de edad que tiene bajo su responsabilidad el cuidado la vigencia y protección de la niña, niño y adolescente, en atención a su cargo o relación con estos.

El Código de Familia establece que los por regla general los padres serán los que ejercerán la representación de sus hijos menores o incapaces. Así mismo establece que otro de los sujetos obligados al cumplimiento de la ley son los funcionarios, nuestra constitución establece que son funcionarios de la República: el presidente y vicepresidente, los Diputados de la Asamblea Legislativa, los miembros del Parlamento Centroamericano y los Miembros de los Consejos Municipales.

Por otra parte, empleados públicos son aquellas personas quienes desempeñan funciones retribuidas en la administración pública al servicio de los intereses generales, e instituciones públicas, las organizaciones privadas y la sociedad. Entendiéndose por institución pública como

un organismo que generalmente depende del Gobierno o del Estado el cual presta sus servicios a todo el público en general. Por otro lado, las organizaciones privadas implican lo contrario ya que están fundadas con la finalidad de obtener ganancias.

Finalmente, otro de los sujetos obligados es la sociedad, la cual está compuesta por todos los sectores, los cuales tienen que velar por el bienestar de los niños y adolescentes y más aún de los más desprotegidos, como lo son la niñez y adolescencia en situación de calle.

Sobre los principios rectores contenidos en la LEPINA, es necesario abordar lo que sostiene Sánchez Román como definición más cercana a Principios este “considera a los principios como axiomas o máximas jurídicas recopiladas de las antiguas compilaciones; o sea reglas del derecho.” En otro orden de ideas, según la Ética, los principios son reglas o normas de conducta que orientan la acción de un ser humano y que para el caso los principios contenidos en la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, están destinados a la adecuada aplicación de normas de protección a la niñez y la adolescencia.

Los principios rectores que contempla la ley son: El Rol Primario y Fundamental de la Familia, Ejercicio Progresivo de las Facultades, Principio de Igualdad, no Discriminación y Equidad, Principio de Interés Superior de las Niñas, Niños y Adolescentes, Principio de

Corresponsabilidad y finalmente el Principio de Prioridad Absoluta. Principio de rol primario y fundamental de la familia La Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia es un cuerpo legal, el cual se encuentra vinculado a otras ramas del derecho como lo es la Constitución Política de la República, el Derecho de Familia, también tiene relación con instrumentos de carácter internacional a los cuales El Salvador se ha adherido.

En ese sentido, existe una estrecha relación con lo establecido en el artículo 9 de la LEPINA, el cual determina el Principio del Rol Primario y Fundamental de la Familia, otra relación que se encuentra es con la Convención de los Derechos del Niño la cual en su preámbulo establece: "...Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión..."

Principio de ejercicio progresivo de las facultades, este principio se encuentra regulado en el artículo 10 de la ley en estudio, el cual reconoce que los derechos y garantías que les son reconocidas a los niños y adolescentes, serán aplicados y ejercidos por estos de manera progresiva, cuando se refiere al término progresivo se está haciendo alusión a un movimiento constante para el caso en estudio, la aplicación de los derechos y garantías contenidas en dicha ley la podrán ir ejerciendo poco a poco los beneficiados con estas disposiciones. Continúa estableciendo el mencionado artículo que para el ejercicio progresivo de estos derechos se tomará

en cuenta el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de sus padres o de quien ejerza la representación legal.

Además, para facilitar el ejercicio de los derechos conferidos en la LEPINA, esta incluye a las entidades públicas y privadas, las cuales deberán de ejecutar proyectos dirigidos a la niñez y la adolescencia. Al interpretar el principio antes mencionado, se pueden denotar los siguientes aspectos: que se encuentra un vínculo con el principio de igualdad, el cual se encuentra contenido en el Art. 3 de la Constitución, porque se da un trato uniforme, ya que se toma en cuenta los aspectos como la evolución de sus facultades, esto porque de todos es conocido que en el caso de la niñez y adolescencia no todos tienen la misma capacidad en cuanto a conocimientos, pero aun así, todos gozaran de los derechos y garantías.

En ese sentido para a manera de dar una ilustración, la niñez y adolescencia que vive en la ciudad, al tener un cierto grado de conocimiento, en cuanto a acceso a la educación, etc. En comparación a los niños y adolescentes que habitan en la zona rural, pero no

solo por este hecho dejaran de ser ejercer derechos, tanto unos como los otros, sino todo lo contrario, solo que los niños y adolescentes que viven en la ciudad y que tienen más conocimiento lo ejercerán de una forma y los que viven en zonas rurales de en forma progresiva, por la situación en que se encuentran, pero al final gozarán en base a este principio de todos los derechos y garantías en pro de estos.

Se trata de evitar pues, todo tipo de menoscabo en contra de los niños y adolescentes para la aplicación plena de las disposiciones contenidas en la LEPINA, para Guillermo Cabanellas menoscabo es “La reducción, acortamiento, disminución de una cosa...” acoplándolo al tema de estudio se puede decir que ese menoscabo implicaría que por motivos de algún tipo de distinción que tenga el niño y adolescente se le restrinjan derechos o se les limite el goce que estos tienen, cuestión que se encuentra prohibida primero por la Constitución de la República y por el principio que nos encontramos desarrollando.

Este principio de interés superior de las niñas, niños y adolescentes comprende que toda situación que favorezca el desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social de las niñas, niños y adolescentes, es para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad. La Convención sobre los Derechos del Niño establece que en todas las medidas concernientes los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los Órganos legislativos deben considerar primordialmente el interés de las niñas y niños, teniendo en cuenta las opiniones de los niños y niñas.

En la ley establece que el interés superior de la niñez y adolescencia debe de ir enfocado en todas las tomas de decisiones, así como también en las interpretaciones, aplicaciones, e integración de la norma, esto con el fin de que las Políticas Públicas sean de obligatorio cumplimiento para favorecer Comisión Coordinadora del sector Justicia. “Glosario de términos jurídicos de la LEPINA”.

Política de protección especial: “Se destinan a niños y adolescentes cuyos derechos se encuentran amenazados o violados por parte de la familia, Estado o sociedad, debido al maltrato, abuso, a los mismos y así asegurar su desarrollo integral y el disfrute de sus derechos y garantías. Este principio obliga a los padres (padre y madre por igualdad) criar y fomentar el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, en caso de carecer de los padres, serán los encargados o representantes legales esta responsabilidad primordial. Siendo el Estado el principal garante de que este principio se cumpla en su totalidad. En lo que respecta a la crianza el Código de Familia establece deberán criarlos

con esmero, proporcionarles un hogar estable, alimentos adecuados, y proveerles todo lo necesario para su desarrollo normal de su personalidad, hasta que cumplan la mayoría de edad.

Respecto al principio de corresponsabilidad, este principio faculta principalmente a la Familia, al Estado y la Sociedad, los principales encargados de hacer ejecutar y cumplir este principio de manera corresponsable. Como ya se ha mencionado el principal ente encargado de cumplirlos en un primer plano es la familia, ya que esta es considerada la primera escuela de explotación laboral, conflictos armados, privación del medio familiar, consumo de sustancias adictivas, embarazo precoz, discapacidad, etc. Las políticas deben prevenir estas situaciones y/o asegurar la restitución de los derechos vulnerados, mediante la oferta de servicios públicos y la promoción de programas públicos y privados especializados; con calidad y cobertura aseguradas.”

El Estado será el encargado de garantizar por el cumplimiento de los derechos y deberes de las niñas, niños y adolescentes, esto lo realizará por medio de políticas públicas, acciones, planes, programas, donde la familia pueda desempeñar su rol de manera adecuada. Finalmente, la sociedad debe participar de manera activa y progresivamente en el cumplimiento de las garantías de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Además de hacer cumplir lo establecido en la ley de protección integral de la niñez y adolescencia.

El Principio de prioridad absoluta contempla que el Estado y la sociedad deben asegurar, con prioridad todos los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, en donde el Estado por medio de sus políticas públicas establecerá la asignación de recursos, acceso a los servicios públicos, la prestación de auxilio y atenciones de vulnerabilidad y en cualquier otro tipo de atención que requieran. Aquí podemos hacer un alto y reflexionar, si en verdad ¿El Estado ha creado políticas públicas en donde la vulnerabilidad de la niñez y adolescencia?, ¿Si en verdad ha contemplado dentro de sus políticas a los niños, niñas y adolescentes verdaderamente desprotegidos, como lo son los niños de la calle?

Por la falta de los padres o de alguna persona que los guíe en desarrollo personal estos niños, niñas y adolescentes, por lo que se decidan a la vida de la calle por lo que corren el gran riesgo de caer en la prostitución, el consumo de drogas y varias formas de conducta criminal. Esto es el único medio de subsistencia, debido que por lo general no han tratados con adultos en quien poner de su confianza; los niños, niñas y adolescentes que velan por sus propios medios pueden sospechar de los ofrecimientos

de ayuda que se les hacen son solos con interés de capturarlos y retenerlos y pueden rechazar los servicios que más necesitan.

Se encuentra una estrecha relación con el artículo 65 de la Constitución de la República, en el cual se expresa que la salud de los habitantes de la República constituye un bien público y que el Estado y las personas están obligadas a velar por su conservación y restablecimiento...” El desarrollo saludable del niño, niña y el adolescente se considera como básica e importante, ya que se pone en juego su crecimiento, el desarrollo, por ello amerita poner atención especial ya que de ello depende la calidad de vida que puedan tener.

De acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño (CDN) los niños deben de disfrutar del más alto nivel posible de salud y tener acceso a servicios para la prevención y el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. La Convención de los Derechos del Niño, hace hincapié a que los Estados parte, deben de adoptar las medidas apropiadas para reducir la mortalidad infantil y en el ámbito de la niñez y adolescencia se debe de asegurar a todos los niños la prestación de la asistencia médica y todo lo referente al cuidado de la salud de este sector de la población.

Protección frente al maltrato La Convención de Derechos del Niño hace una breve referencia a este derecho en su Art. 9 dicho artículo obliga a los “...Estados Parte a velar porque los niños no sean separados de sus padres, y más adelante establece la acepción a la regla establecida que es el caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres...” La obligación que tiene el Estado de establecer políticas públicas y programas con la finalidad de prevenir y erradicar toda forma de maltrato incluyendo el maltrato físico y emocional en contra de nuestra niñez y adolescencia”

## **2.14 PROTECCIÓN LEGAL DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES**

Históricamente a nivel internacional han surgido muchos instrumentos jurídicos que protegen los derechos de la niñez y adolescencia. Sin embargo, es necesario aclarar la naturaleza jurídica de los instrumentos internacionales en este caso, los referidos a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las Convenciones y los Tratados disponen de una fuerza jurídica de obligado cumplimiento por parte de los Estados que lo han ratificado a diferencia de lo que sucede con las Declaraciones, que son las que detallan unos derechos, pero que no implica un compromiso por parte de los estados. Acostumbran a ser el paso previo a la elaboración de un convenio o una convención.

No obstante, las declaraciones no son siempre jurídicamente vinculantes. Este término se usa a menudo deliberadamente para indicar que las partes no desean establecer obligaciones vinculantes sino simplemente dan a conocer determinadas aspiraciones.

Los Instrumentos que reconocen estos derechos es la Declaración sobre los Derechos Universales del niño de la Sociedad de Naciones, en el año de 1924; éste es considerado el primer instrumento legal de reconocimiento derechos de la niñez especialmente.

El segundo instrumento legal que contempla algunos artículos de los derechos de la niñez es la Convención internacional para la trata de las Mujeres y niños, dada en el año de 1937; ya en el año de 1948 se da la Declaración Universal de los derechos Humanos, que contempla entre sus disposiciones algunas relativas a los derechos de los niños.

Otra de las declaraciones que contemplan artículos referente a los derechos de la niñez son: la Declaración Universal sobre los derechos del niño de las Naciones Unidas en el año de 1959, en 1969 surge la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, en 1974 la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el niño en Estados de emergencia o Conflicto Armados, en 1985 se dan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de las justicia de menores establecida por las Naciones Unidas, 1986 Declaración Sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los niños, 1989 Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en 1990 se declara año Internacional de la Familia.

En 1990 se dio la Cumbre Mundial a Favor de la infancia establecida por las Naciones, en 1995 Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, en el 2000 se da la Declaración del Milenio: Objetivos de desarrollo del milenio con metas a favor de la niñez establecidas por las Naciones Unidas y 2004 se establece el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al a venta de niños. Pero antes de desarrollar cada uno de ellos es necesario tomar encuesta los siguientes apartados.

#### **2.14.1 Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948**

La Asamblea General de la ONU insistió en la comisión de Derechos Humanos a que se encargara a redactar un instrumento que internacionalmente protegiera tales derechos; y siendo por la Asamblea General y el Consejo Económico y Social de la ONU, aprobaron en Asamblea General el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El objetivo principal de este instrumento jurídico internacional era que todos los pueblos y naciones del mundo deben de esforzarse para alcanzar el

reconocimiento y aplicación universal y efectiva de los derechos y libertades fundamentales de las personas; siendo estos derechos inalienables e inviolables para todos los seres humanos.

Pero lo importante de esta declaración es que también en unos de sus apartados protege a los niños en cuanto que establece que se debe de conferir cuidados y asistencias especiales tanto a la maternidad como a la niñez misma, independientemente sean considerados legítimos como

ilegítimos. Es necesario mencionar que en el ordenamiento jurídico salvadoreño ya no se hace esta distinción, sino que todos se consideran en igualdad. En nuestro cuerpo normativo lo encontramos en el Art. 3 de la Constitución de la República y Art. 202 del Código de Familia. (Cruz, 1993)

Esta declaración consagra muchos derechos entre los cuales se mencionan el derecho a la educación en el que pretende fundamentar el desarrollo integro de la niñez, con la característica de ser de manera gratuita. La Declaración Universal de los Derechos Humanos protege de manera general los derechos de las personas, esta con la finalidad de que naciones del mundo garanticen todos los derechos, aunque esta no posee fuerza coercitiva sino moral para hacer cumplir sus disposiciones.

#### **2.14.2 Declaración Universal sobre los Derechos del Niño. Naciones Unidas 1959**

“El 20 de noviembre de 1959 la Asamblea General de la ONU aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, la cual está inspirada en los derechos propuestos en la Declaración de Ginebra sobre los derechos de la niñez de 1924, conteniendo diez principios que ampliaban los derechos enunciados por dicha declaración de Ginebra”. Esta declaración fue elaborada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, esta declaración es también conocida como Dialogo de los Derechos del Niño.

Esta declaración reconoce la vulnerabilidad de la niñez y su gran diferencia con respecto al mundo de los adultos, por lo que se establece la protección y cuidados de los niños, por lo que se pretende la protección legal de los países, reconociéndolos desde antes y después de su nacimiento. Lo encontramos en el Art. 1 de la Constitución de la República Salvadoreña.

Además dicha declaración partiendo de la premisa de que la humanidad debe al niño lo mejor que pueda proporcionarle, insta a los gobiernos, padres de familia, autoridades

locales, organizaciones particulares y a todas las personas en general a que reconozcan, protejan y garanticen los derechos y libertades fundamentales del niño y al mismo tiempo la declaración también regula que a la niñez se le debe proporcionar una protección especial y brindarle a la vez toda oportunidad y servicios que les permita un desarrollo íntegro dentro de una sociedad en condiciones de libertad, igualdad y dignidad.

En este ordenamiento jurídico de carácter internacional se incluye y se reconocen los derechos de un nombre, derecho de una nacionalidad, derechos seguridad social, derecha a la salud, derecho a una vivienda, derecho a una alimentación, derecho a educación primaria gratuita entre otros. Siendo los principales garantes los Estados parte y confiere a la sociedad y a las autoridades públicas la obligación de proporcionar el cuidado y ayuda especial a todos aquellos niños que no tengan una familia o carezcan de los medios necesarios para subsistir.

Otro de los aportes importantes que este instrumento jurídico proporciona es que la familia y el Estado están en la obligación de velar por que los niños no trabajen antes de que éstos cumplan una edad mínima adecuada. La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 reconociendo derechos a la niñez pretende garantizar que la infancia pueda gozar de todos los derechos y libertades que en dicha Declaración se enuncian, con la finalidad de que los Estados teniendo como un fundamento moral a dicho instrumento le garanticen a la niñez en sus legislaciones internas el desarrollarse dentro de un ambiente de seguridad, afecto y bajo el amparo y responsabilidad de los padres y el educarse dentro de un espíritu de fraternidad universal.

### **2.14.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969**

A raíz de los éxitos obtenidos con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos la Organización de los Estados Americanos consideró necesario la creación de una convención a nivel interamericano la cual debería de reconocer los derechos fundamentales de las personas, pero no solamente a nivel declarativo sino dentro de un régimen jurídico obligatorio al cumplimiento de tales derechos.

Por tal razón en la quinta reunión de consulta de Ministerio de Relaciones Exteriores en Santiago Chile en 1959, se encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración del Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos, además de la creación del a la institución encargada de llevar a cabo el cumplimiento de los derechos

humanos reconocidos en la Declaración Americana la cual se denominó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Dicho proyecto de convención fue aprobado en la Conferencia Especializada Interamericana sobre los Derechos Humanos en San José Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, denominada “Convención Americana sobre Derechos Humanos”, además de ser, mejor conocida como “Pacto de San José”.

La finalidad que persigue esta Convención es la consolidación de un régimen de libertades personales y de justicia social, la cual su fundamento está en el respeto y protección de los derechos esenciales de las personas, predominando al mismo tiempo las instituciones democráticas del continente americano, por lo que también la convención establece que los Estados tienen la obligación de regular en sus legislaciones internas, medidas necesarias para garantizar el pleno goce y reconocimiento de los derechos y libertades que le han sido reconocidos, por lo que también tienen la obligación de protegerlos y respetarlos.

Lo importante también de esta Convención es que establece un apartado dedicado a la protección especial a los derechos de los niños, en donde éstos deben de gozar de los derechos de la familia, así mismo la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar todos los derechos de los niños, y establecer un pleno reconocimiento.

El Pacto de San José como también es denominado tiene el carácter obligatorio para los estados parte, que reconozcan los derechos fundamentales de los niños. Mediante el Decreto Legislativo N° 5 de fecha 15 de junio de 1978, el Estado de El Salvador ratifica esta convención, siendo publicado en el Diario Oficial N° 113 de 19 de junio de 1978, siendo el presidente de la República ese tiempo el señor Carlos Humberto Romero y el presidente del Poder Legislativo el señor José Leandro Echeverría. (Meléndez, 2007)

#### **2.14.4 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de los menores.**

Naciones Unidas 1985. Esta Declaración su aportación radica en hacer las siguientes definiciones: “Menor: es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferentes, a un adulto.” “Menor delincuente: es todo joven al que se le ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado

culpable de la comisión de un delito”.

#### **2.14.5 Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y Bienestar de los Niños 1986**

Las Naciones Unidas continúan protegiendo los derechos del niño, ya que nuevamente a petición del Consejo Económico y Social, adopta el 3 de diciembre de 1986 un instrumento de protección a la niñez, conocido con el nombre de Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños con Particular Referencia a la Adopción y Colocación en Hogares de Guarda en el Plano Nacional e Internacional.

Así mismo debe de haber una preocupación y atención por los niños en estado de abandono, debiendo establecer los Estados un interés primordial a la niñez, debiendo lograr un desarrollo y un futuro mejor. El fin primordial de dicha declaración es que se logre un verdadero bienestar familiar, en donde los niños deben de ser cuidados por sus propios padres o en caso contrario por sus familiares, previamente debiendo estar en las capacidades de realizar dicha función. Es importante recalcar que este instrumento jurídico detalla aspectos para los niños en estado de adopción, en donde reconoce los derechos de los niños adoptivos, teniendo la facultad de conocer quiénes son su verdadera familia, por lo que se obliga a los padres adoptivos proporcionar dicha información.

Así mismo la declaración establece que cuando el niño no pueda ser cuidado por sus propios padres, tiene el derecho de integrarse a una familia permanente, pudiendo estos emitir su opinión cuando fuese necesario. Se ordena a los Estados parte la creación de hogares de guarda los cuales deben estar reglamentados en la ley nacional, así como también la existencia de una autoridad que supervise el funcionamiento y desarrollo de estos hogares de colocación.

#### **2.14.6 Convención sobre los Derechos del Niño Naciones Unidas 1989.**

Esta convención es considerada la más completa, se refiere a los derechos humanos, ya que contiene todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los niños y niñas, además de contemplar algunos derechos internacionales de carácter humanitario. Esta convención establece que todas las niñas y niños son sujetos de derechos de los cuales cubren todos los aspectos de sus vidas. (Meléndez, 2007)

Las raíces de la CDN se remontan al año 1924, cuando la Liga de Naciones adoptó la Declaración de los Derechos del Niño, escrita por Eglantyne Jebb, la fundadora de Save the Children. En 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoció la “naturaleza especial de la niñez y de la maternidad”, y en 1959 las Naciones Unidas adoptaron una Declaración sobre los Derechos del Niño.

Si bien es cierto anteriormente se han mencionado algunos de los instrumentos jurídicos que regulan algunos derechos de la niñez, pero era necesario dedicar al menos uno de ellos a la protección integral de los derechos de la niñez. Después de diez años de intensos estudios y de tratar de incluir una protección íntegra de dichos derechos, el 20 de noviembre de 1989 se aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, por las Naciones Unidas. (Meléndez, 2007)

La CDN, es un Tratado Internacional, el cual se encuentra compuesto o integrado por 54 artículos en los cuales se profundiza los derechos del niño, lo que viene a reafirmar la necesidad de proporcionarles cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad; respondiendo a las necesidades de la implementación de brindar protección jurídica y no jurídica del niño, antes y después de su nacimiento, la importancia del respeto de los valores culturales de la comunidad del niño y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad.

Básicamente los Estados parte que han ratificado dicha convención están legalmente obligados a cumplirla, en cuanto emprenderán las medidas necesarias para implementarla ya sea de manera legal, por medio de presupuestos, aspectos administrativos; pero incluyendo la disponibilidad de la mayor cantidad de recursos que sean posibles.

El Salvador firmó esta Convención el 26 de enero, la ratificó el 27 de abril, y entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990; dicha Convención representa un instrumento jurídico internacional, el cual es considerado como el más importante para la protección de los derechos de la niñez; este a su vez, constituye, el instrumento de carácter legal en el cual se establecen de forma muy clara las principales obligaciones que tienen los Estados con el fin último de garantizar la existencia real y efectiva de los derechos fundamentales de los menores.

#### **2.14.7 Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes**

La Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes es el único tratado internacional centrado específicamente en los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de las personas jóvenes. Fue firmado en la ciudad de Badajoz, España, en octubre de 2005, y entró en vigor el 1 de marzo de 2008.

Con la intención de ampliar y especificar derechos contemplados en la Convención, en función de las realidades juveniles contemporáneas, el OIJ impulsó en 2016 su actualización a través de un Protocolo Adicional, que fue firmado el mismo año, en la ciudad de Cartagena de Indias, Colombia. Gracias a este proceso de fortalecimiento y difusión, el Pacto Iberoamericano de Juventud que fue aprobado en la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, incorpora, en su Acuerdo 2, el compromiso de los países con el reconocimiento de los derechos de las personas jóvenes, mediante el impulso a la ratificación y promoción de la Convención.

Este instrumento jurídico puede abordarse desde dos perspectivas. La primera de ellas, remite a su naturaleza de documento jurídico, de pacto internacional, que se viene insertando en el concierto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que insta a los Estados de la región a comprometerse con el respeto y la garantía de los derechos de todas las personas jóvenes. La segunda, por su parte, enfatiza al carácter práctico del instrumento, en tanto permite el conocimiento, el ejercicio y el disfrute pleno de todos sus derechos por parte de las personas jóvenes.

Es necesario aclarar que esta Convención no está ratificada por El Salvador, sin embargo, es importante destacar el aporte que realiza al ser un instrumento creado específicamente para el grupo etario que conforman los jóvenes. En su artículo, numeral segundo, establece una garantía de escucha y expresión libre de la opinión sobre las cuestiones que los afecten a los jóvenes con discapacidad.

#### **2.14.8 Observación General N° 12 Comité de los Derechos del Niño 2009.**

El derecho del niño a ser escuchado y la Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño El Comité de los Derechos del Niño, en su 51º período de sesiones, realizado en Ginebra del 25 de mayo al 12 de junio de 2009, emitió la Observación General No. 12: El derecho del niño a ser escuchado. Para introducir la Observación, el Comité alude al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño que estipula lo siguiente:

“1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por

medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

El párrafo tiene vital relevancia porque reitera que la escucha del niño es un principio general de la CDN y, por tanto, un bastión importante para que las decisiones respondan a su interés superior y, por otra parte, se recalca en su valor prioritario al interpretar y exigirse el respeto de todos los demás derechos, lo cual es un valor innovador en la CDN y en general en las normativas dedicadas a los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, en el párrafo 4 de esta introducción, se menciona que: "Los Estados Parte reafirmaron su compromiso respecto del cumplimiento del artículo 12 en el vigésimo séptimo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, celebrado en 2002.

Sin embargo, el Comité observa que, en la mayoría de las sociedades del mundo, la observancia del derecho del niño a expresar su opinión sobre la amplia gama de cuestiones que lo afectan y a que esa opinión se tenga debidamente en cuenta sigue viéndose obstaculizada por muchas prácticas y actitudes inveteradas y por barreras políticas y económicas. Si bien muchos niños experimentan dificultades, el Comité reconoce

especialmente que determinados grupos de niños, sobre todo los niños y niñas más pequeños, así como los niños que pertenecen a grupos marginados y desfavorecidos, enfrentan obstáculos particulares en la realización de ese derecho".

Se añade: "El Comité también sigue estando preocupado sobre la calidad de muchas de las prácticas que sí se están realizando. Es necesario comprender mejor lo que implica el artículo 12 y cómo se puede aplicar plenamente para todos los niños". En estos párrafos puede inferirse que el Comité reconoce que el irrespeto de este derecho es muy común en las diferentes sociedades, pero hace hincapié que se agudiza más en los grupos de niños marginados y desfavorecidos.

## **2.15 DERECHO COMPARADO EN RELACIÓN CON LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN PROCESOS JUDICIALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**

### **2.15.1 Código Civil y Comercial de Argentina**

Al Código Civil y Comercial de Argentina le importa la concreción expresa de los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño, documento que cambió el curso de la historia, al menos en su visión teórica sobre la niñez y la adolescencia. En

consecuencia, la normativa argentina respeta la visión del niño como sujeto de derechos humanos; recepta el principio del interés superior del niño, de autonomía progresiva, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, el derecho a la coparentalidad, a la protección de la identidad, a los alimentos como derecho humano y otros.

Además de estos principios, brinda un conjunto de reglas que garantizan la tutela efectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. De esta forma se manifiesta una verdadera toma de conciencia en torno a que la participación en el proceso de las personas vulnerables es un requisito indispensable para hacerla posible.

El motivo para establecer estas reglas se encuentra completamente justificado y brinda especial relevancia en aquellos asuntos que involucran a los niños, como lo menciona la Convención de los Derechos del Niño. El principio de interés superior impone utilizar todos los recursos para la protección de sus derechos de manera eficaz.

Esto supone que sea en tiempo oportuno, pues la inconsistencia o dilación de la tutela jurisdiccional se traduce inexorablemente en un déficit de operatividad de las normas sustanciales. A lo largo del articulado, el Código Civil y Comercial de Argentina, se incorporan pautas de actuación y reglas de valoración de cada intervención permitida a la persona menor de edad; ellas operan como recaudo institucional mínimo aplicable a todas las provincias, por debajo de las cuales no es posible proteger adecuadamente este tipo especial de derechos.

En Argentina, cuando las pretensiones involucran a niños, niñas o adolescentes normalmente existe algún tipo de participación procesal. Puede intervenir en forma directa si cuenta con edad y grado de madurez para hacerlo. Si no puede comprender el contenido y sentido de los actos, lo hará en forma indirecta, a través de la figura de su representante legal. Sin embargo, aun en estos casos, se les reserva un espacio de actuación propia.

“En otras palabras, ser parte procesal es una de las diversas formas que puede implicar la presencia del niño en un proceso, pero no la única, pues su peculiar condición impone al sistema jurídico habilitar y, en algunos casos promover, otras posibles formas de intervención.” (Kemelmajer de Carlucci, 2015)

Por eso, la actuación de las personas menores de edad en el proceso judicial no puede encasillarse en el concepto tradicional de parte procesal, que se refiere a aquel que pretende y frente a quien se pretende; o quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión. Con acierto, Fernández sostiene que el concepto de

parte "calcado" del proceso de adultos puede resultar incompatible según la edad, excepto adolescente próximo a la mayoría edad. El Código Civil y Comercial de Argentina desborda estos límites y regula a lo largo de su articulado diferentes mecanismos que le confieren protagonismo en la defensa de sus intereses y derechos.

### **2.15.2 Código de Familia de Costa Rica**

En Costa Rica, el Código de Familia fue promulgado en un intento por mejorar la situación de los conflictos que se desarrollaban en la materia. No se contaba con que el cambio, tanto en políticas sociales como culturales, iba a exigir una renovación en la legislación, no solo para reforzarlo en áreas de divorcio, filiación o tutela, sino además en el reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad. Esto lo trae a colación esta investigación, la cual nace con el proyecto de código procesal.

“En caso de que se presente un divorcio, una separación o una situación en la cual se vean involucrados los menores de edad (y medie un contrato que nazca de las circunstancias entre las partes), no se pueden derogar o eximir las obligaciones de ambos padres con sus hijos. Ellos únicamente tienen como finalidad fijar o definir algunos aspectos de la autoridad parental.” (Valerín, 2019)

En Costa Rica, el reconocimiento de una capacidad de calidad progresiva permite analizar los grados en los que la participación se puede dar, dependiendo de la voluntad del menor y de su nivel de autonomía, la cual es muy importante a la hora de reconocer estos derechos de las personas menores de edad, si bien muchísimas de estas personas no tienen una autonomía total y voluntad a la hora del manejo de sus decisiones, es necesario que se plantee un rango de representación. Esto sin que ninguna de las personas de ningún grupo etario quede fuera de ese rango. El primer rango es de cero a cuatro años, en el que serán responsables tanto padres, tutores, como el juez encargado. Al no tener el niño ninguna capacidad volitiva, debe realizarse una investigación detallada.

El segundo, de cinco a diez años, igual que en el caso anterior, serán responsables tutores, padres y el juez, pero entra el área de la interdisciplinariedad; es decir, trabajadores sociales, psicólogos, u otros profesionales que den una visión y una posición más acertada del menor y tomen su opinión para desarrollarla en el proceso de custodia personal. Y, por último, de los once a los diecisiete años, en el que ya el menor de edad cuenta con una capacidad, discernimiento y cierto grado de madurez que le permite ser parte del proceso de custodia personal de manera activa. Más allá de solo escuchar su opinión, la figura de los padres o tutores cambia en este rango, ya que, si

bien son responsables del menor, no necesariamente son la voz de ellos durante todo el tiempo del proceso.

### **2.15.3 Código de los Niños y Adolescentes de Perú**

En Perú, el Poder Judicial aprobó el Protocolo de Participación Judicial del Niño, Niña y Adolescente, implementando las Reglas de Brasilia, cuyo ámbito de aplicación es garantizar el derecho del niño a ser oído en todos los procesos judiciales que le afectan: divorcios e invalidez matrimonial de los padres, custodia, régimen de visitas, autorización de viajes, autorización para enajenar bienes, acogimiento familiar, adopción por excepción, suspensión, pérdida y extinción de la patria potestad, violencia física, psicológica, sexual o económica; niños y adolescentes en conflicto con la ley penal; abusos sexuales, delitos en perjuicio de los niños, entre otros.

Uno de los principales problemas relacionados con la participación de la niña, niño y adolescente en el proceso tutelar es la gran inseguridad jurídica generada por la no desconcentración de las Unidades de Investigación Tutelar del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), debido a que, en la mayoría de las provincias del país, el Poder Judicial, a través de sus jueces de familia o mixtos, asume esta competencia.

En el Perú, el Protocolo de Participación Judicial del Niño del Poder Judicial prescribe en su considerando 18 que el juez tiene la obligación de garantizar la observancia del derecho a ser oído de los niños con discapacidad que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Asimismo, que estos niños deben tener disponibles los modos de comunicación que necesiten para facilitarles la expresión de sus opiniones. (Espinoza, 2017)

En el Perú, el derecho de la niña, niño y adolescente a participar y ser escuchado en el ámbito judicial no es un derecho que está siendo garantizado de manera efectiva, porque los procedimientos judiciales no han sido diseñados considerando las características específicas de la niñez; generando como consecuencia que se presenten barreras para su acceso a la justicia, su exclusión en el proceso y que esta problemática sea valorada desde una óptica adultocéntrica.

## **CAPITULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.**

### **3.1 TIPO DE ESTUDIO**

La investigación del Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes se realizará en los juzgados primero, segundo, tercero y cuarto de Familia de la ciudad de San Miguel, se hará un estudio que consistirá en revisar procesos de divorcios por mutuo consentimiento de los cónyuges, por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos y por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges, para identificar si los niños, niñas y adolescentes son escuchados, de qué forma se hace efectivo ese derecho en los niños, niñas y adolescentes.

Se verificará mediante la observación de expedientes para conocer cómo se desarrolla este derecho en los cuatro juzgados relacionados, para identificar desde la práctica en los procesos en referencia, si se escucha a los niños en todas los motivos de divorcio, o si solamente se realiza en los procesos de divorcios por algunos motivos, en qué etapa del proceso se realiza esa escucha y la forma en que se valora la misma, lo que permitirá visibilizar el desarrollo que ha tenido el interés superior y el derecho a opinar y ser oído que señala la Ley de Protección Integral de La Niñez y Adolescencia, así como lo establecido en la Observación General N° 12 del Comité de Los Derechos del Niño, en relación al Derecho de escucha.

De acuerdo a las ideas acotadas, es menester considerar que en esta dinámica no solo es importante el actuar judicial, sino también los distintos autores que se involucran en este quehacer, por lo que será de utilidad conocer la persecución que tienen entes como como procuradores adscritos a los Juzgados de Familia, secretarios, psicólogos, abogados en el libre ejercicio de la profesión, abogados de clínicas jurídicas de universidades, así como la opinión de niño y adolescente entre otras instituciones administrativas que laboran en lo relacionado a la niñez y adolescencia, entre ellos el Juez Especializados de la Niñez y Adolescencia.

Por lo anterior, el tipo de estudio de la investigación será mixto, consistiendo este en un conjunto de procesos sistemáticos, empíricos y críticos de investigación que implica la recolección y el análisis de datos cuantitativos y cualitativos, así como su integración y discusión conjunta para realizar inferencias producto de toda la información recopilada, método considerado pertinente utilizar porque nos permitirá conocer como los niños, niñas y adolescentes son o no tomados en cuenta en sus Derecho de opinar y ser oídos en los procesos de divorcio y la forma en que se realiza.

### **3.2 MÉTODO**

La principal base será la observación de expedientes y entrevista de los operadores, para conocer la forma concreta en que se realiza la escucha en los procesos de familia para llegar a una conclusión, por tal razón el método inductivo se constituye como el método a utilizar en nuestra investigación por la naturaleza de esta y del tema que tiene como fin conocer el cumplimiento del derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de divorcios.

El método de observación científica tiene la capacidad de describir y explicar el comportamiento, al haber obtenido datos adecuados y fiables correspondientes a conductas, eventos y situaciones perfectamente identificadas e inciertas en un contexto histórico.

Hemos de mencionar, que existe una coincidencia con la investigación científica en general, puesto que se trata de una secuencia de actividades destinadas a ampliar el ámbito de nuestros conocimientos.

En ese sentido tendremos la siguiente orientación, formulación de un problema: en muchos estudios, se parte de un período de observación exploratorio para llegar posteriormente a una sistematización en donde todo esté planificado. En la observación exploratoria se trata de especificar mejor el problema y las variables que resultan relevantes, también nos indica cómo organizar el proceso y que puede ser observado.

En ese contexto, se observarán los procesos de por mutuo consentimiento de los cónyuges, por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos y por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges, luego de esto, daremos paso a la explicación de este la forma en que se desarrolla, el derecho de escucha de los niños, niñas y adolescentes, en los procesos mencionados, si ese Derecho se ve evidenciado en todos los procesos de Divorcio o solamente se efectiviza en algunos y dependiendo de ese desarrollo, se identificará la consonancia de la práctica con lo establecido en la normativa a nivel nacional, y el contenido desarrollado en la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño.

### **3.3 POBLACIÓN Y MUESTRA**

Por la naturaleza de la investigación desarrollada, como base el Derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en los procesos de divorcio.

La población objeto de estudio serán: jueces, procuradores de familia, abogados en el libre ejercicio, abogados de centros de prácticas jurídicas de universidades, psicólogos, un Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia, un niño y una adolescente, haciendo un total de 18 entrevistas las que se detallan en la siguiente tabla.

Unidad de Análisis	Población					Entrevista
	Juzgado 1º de Familia	Juzgado 2º de Familia	Juzgado 3º de Familia	Juzgado 4º de Familia	Otros	
Jueces de familia	1		1	1		3
Juez Especializado de Niñez					1	1
Procuradores Adscritos	1	1		1		3
Abogados de Centro de práctica Jurídica Universidades					3	3
Abogados en el libre ejercicio					4	4
Psicólogas					2	2
Niños y Adolescentes					2	2
<b>Total</b>	<b>2</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	<b>2</b>	<b>12</b>	<b>18</b>

Además de la entrevista, se realiza en la investigación una muestra que consiste en la revisión de 65 expedientes, de los procesos de divorcio, donde existen niños, niñas y

adolescentes, en los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel, de enero de 2019 a enero de 2020, muestra que se representa en la siguiente tabla:

Unidad de Análisis	Año de verificación de expediente 2019-2020
	Muestra obtenida por cada juzgado
Juzgado 1º de Familia	10
Juzgado 2º de Familia	10
Juzgado 3º de Familia	35
Juzgado 4º de Familia	10
<b>Total</b>	<b>65</b>

### 3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

La técnica que se utilizará en la presente investigación será la entrevista focalizada, que servirá para poder recolectar la información relevante de la forma en la que en la realidad se desarrolla el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de divorcio, para identificar si en la práctica el Derecho en referencia se hace efectivo en los tres motivos de divorcio o solamente en algunos motivos, las entrevistas servirán además para conocer la necesidad o no de contar con un protocolo que permita tener una guía general de cómo abordar la temática en referencia.

Para ello, se utilizará el diseño de la entrevista a dieciocho personas, utilizando las mismas preguntas para Jueces de Familia y de Niñez, Procuradores de Familia, abogados de Clínicas Jurídicas de Universidades, abogados en el libre ejercicio; respecto a la entrevista de niño y adolescente se utiliza entrevista con otro tipo de preguntas considerando la información que era necesario recopilar, así como también

para la entrevista de las psicólogas se utiliza siempre la entrevista estructurada pero con otras preguntas dado la naturaleza la función que las mismas desarrollan, quienes nos brindaran información importante que posteriormente se analizará.

También se utilizará como instrumento en la investigación una guía para revisión de expedientes en los cuatro juzgados de Familia, de la ciudad de San Miguel, guía que nos permitirá obtener información importante para dar respuesta a los objetivos planteados.

Información que luego será procesada mediante una matriz con nueve temas fundamentales de la que se obtendrá la información necesaria para conocer, la forma en se desarrolla el proceso de escucha, si esa escucha se realiza en todos los procesos de divorcio, si se les notifica la resolución final de los procesos en la que se les resuelve a sus progenitores. Mediante esas técnicas cualitativas nos permitirá conocer directamente la realidad socio jurídica del Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes, en los procesos de divorcio en los Juzgados Familia de la ciudad de San Miguel El Salvador.

### **3.5 ETAPAS DE LA INVESTIGACIÓN**

En este apartado y siguiendo la naturaleza de nuestra investigación es importante establecer que seguiremos las siguientes etapas:

#### **Etapas I**

Considerando que se trata de una investigación de tipo mixta, en esta primera etapa se realiza un planteamiento del problema: el estudio del Derecho de los niños, niñas y adolescentes dentro de los procesos de divorcio en sus tres motivos, relacionando la normativa nacional e internacional existente en relación a este Derecho y la vinculación con la Observación General número12 del Comité de los Derechos del Niño.

#### **Etapas II**

En esta etapa se diseñan las estrategias metodológicas, eligiendo la de tipo mixto, considerando que es un método con el que se logrará realizar una combinación entre lo cualitativo y cuantitativo, que permitirá obtener la información necesaria que dará la base para el análisis de la información obtenida.

#### **Etapas III**

La etapa tres es donde se realiza el trabajo de campo, que se desarrolla considerando la metodología elegida en la etapa anterior y con los instrumentos que para el tema de investigación se eligieron, para el caso la entrevista realizada a personas encargadas de realizar la actividad relacionada al tema de investigación como son jueces de familia, procuradores de familia, abogados en el libre ejercicio, abogados de centros de prácticas jurídicas de universidades, psicólogos, un Juez Especializado de la Niñez y Adolescencia, un niño y una adolescente.

Por otra parte, en esta investigación de campo también se utiliza una guía para Recolección de la información; verificando expedientes de los procesos de divorcios en los Juzgados primero, segundo, tercero y cuarto de familia de la ciudad de San Miguel, con un número de sesenta y cinco expedientes.

#### **Etapa IV**

En esta etapa se procede a recopilar la información obtenida tanto en la entrevista de la muestra de la población de los diferentes sectores indicados, como la obtenida mediante la guía de verificación de expedientes, esta última se analiza mediante temas fundamentales, la información de las entrevistas y de la guía de verificación de expedientes se ilustra en una tabla y gráficos de pastel.

Se realiza un análisis e interpretación de la información que nos permite conocer cómo se desarrolla el Derecho de los niños, niñas y adolescentes respecto al Derecho de opinar y ser oído, etapa determinante en la investigación que nos permite hacer conclusiones recomendaciones y una propuesta.

## **CAPÍTULO IV: PROCEDIMIENTO DE ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.**

En este capítulo se expone la información recopilada mediante los instrumentos relacionados en el capítulo anterior para la respectiva interpretación de los mismos.

La en entrevista se contestó por una población de 3 Jueces de Familia, 1 Juez especializado de Niñez y Adolescencia, 3 Procuradores Adscritos a los Juzgados de Familia, 3 Abogados de los Centros de Prácticas de las Universidades y 4 abogados en el libre ejercicio, un niño y un adolescente y dos psicólogas.

Se utilizaron tres entrevistas abiertas para la obtención de los resultados, la primera

entrevista con las mismas interrogantes que se realizó a 3 Jueces de Familia, 1 Juez especializado de Niñez y Adolescencia, 3 Procuradores Adscritos a los Juzgados de Familia, 3 Abogados de los Centros de Prácticas de las Universidades y 4 abogados en el libre ejercicio, la que consta de cinco interrogantes.

Se utilizó, además una segunda guía de entrevista con cinco interrogantes que fue utilizado para obtener la información de un niño y una adolescente.

Una tercera guía de entrevista con interrogantes abiertas fue utilizada para obtener la información de dos psicólogas. Haciendo un total de 18 personas entrevistadas.

En ese orden de ideas es que se desarrolla en este capítulo, primeramente, el análisis e interpretación de entrevistas realizadas a Jueces de Familia, Juez de Niñez y Adolescencia, Procuradores a los Juzgados de Familia, abogados de los Centros de Prácticas de las Universidades y abogados en el libre ejercicio, luego se realizará el análisis e interpretación de la información de un niño y una adolescente y finalmente se hace el análisis e interpretación de las entrevistas realizadas a las dos psicólogas.

Por lo que a continuación se hace el análisis e interpretación de resultados obtenidos sobre las respuestas que emitieron Jueces de Familia, Juez de Niñez y Adolescencia, Procuradores a los Juzgados de Familia, abogados de los Centros de Prácticas de las Universidades y abogados en el libre ejercicio, lo cual se hace de la siguiente manera:

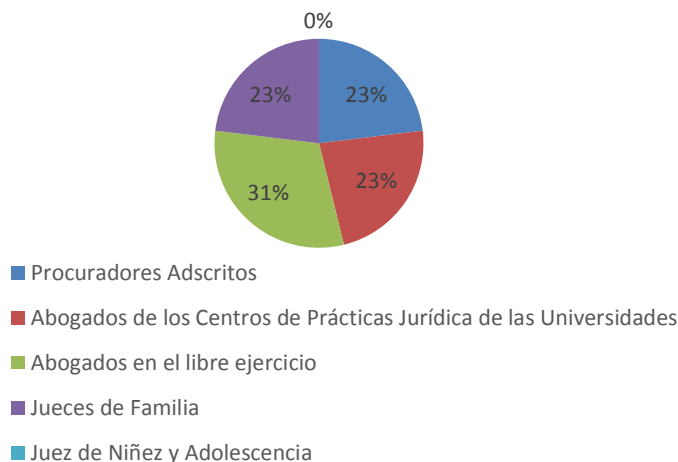
**TABLA 1**

**Como parte del trabajo que usted realiza ¿toman en consideración la opinión de los niños, niñas y adolescentes cuando se presenta un caso de divorcio? (Si es así, mencione en qué procesos de divorcio)**

Procuradores Adscritos	Abogados de los Centros de Prácticas Jurídica de las Universidades	Abogados en el libre ejercicio	Jueces de Familia	Juez de Niñez y Adolescencia
<p>Sí, en las tres causales de divorcio se escuchan a los niños, niñas y adolescentes, tomando en cuenta esa opinión acorde al interés superior del niño.</p>	<p>En los casos por vida intolerable y por separación de los cónyuges por uno o más años consecutivos, porque cuando es por vida intolerable pueden existir vulneraciones de derechos a los niños y en esos casos nosotros tomamos a bien escucharlos y con base a lo que ellos nos dicen, nosotros colocamos un apartado en la demanda expresando cuál ha sido la opinión del niño para que al momento de presentar la demanda se conozca cuál es la opinión del niño y esta misma opinión se pueda contrastar con la escucha que se haga dentro del proceso judicial. Además, de esto también sugerimos qué preguntas se le deberían hacer al niño dentro de la escucha judicial.</p>	<p>Sí, en algunas ocasiones únicamente en la causal segunda del artículo ciento seis del Código de Familia, dada la complejidad de este.</p>	<p>Sí, en este Juzgado, se escuchan los niños niñas y adolescentes en los procesos de divorcio, pero normalmente sólo hacemos en los divorcios por separación de los cónyuges por uno o más años consecutivos y en los divorcios por intolerabilidad de la vida entre los cónyuges. Realmente en los casos de mutuo consentimiento nosotros no lo hacemos tampoco en los casos donde hay allanamiento y deberíamos hacerlo.</p>	<p>En el Juzgado que presido no se ventilan casos de divorcios, en ese sentido no podría opinar sobre ello.</p>

## GRÁFICO 1

Como parte del trabajo que usted realiza ¿toman en consideración la opinión de los niños, niñas y adolescentes cuando se presenta un caso de divorcio? (Si es así, mencione en qué procesos de divorcio)



Respecto de la escucha de las opiniones de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de divorcio la mayoría de los entrevistados mencionan, que si se les toma en consideración. Quienes dicen que no, mencionan que no sucede en todos los procesos de divorcio y que existe una causal por la cual no toma en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes. Otros, no opinan debido a la naturaleza del proceso, tal es el caso del Juzgado de Niñez y adolescencia, por no conocer procesos de divorcio.

De la información reflejada en el cuadro y gráfico anterior que fue tomada de diferentes profesionales que están constantemente conociendo de procesos de divorcio en los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel, se constató que el Derecho de opinión de los niños, niñas y adolescentes se realiza en parte y no es un Derecho que se evidencie en la totalidad de procesos de divorcios, pues fue reconocido por varios profesionales que en los procesos de divorcio por mutuo consentimiento entre los cónyuges no se realiza, que incluso en los Juzgaos no se realiza cuando hay allanamientos.

Cuando no se toma en cuenta la opinión del niño, niña y adolescente, no se está en sintonía con lo que establece el párrafo. 32 de La Observación número 12 que en el inciso primero que establece que debe darse al niño oportunidades de ser escuchados en todo procedimiento judicial y administrativo que afecte al niño, por lo que el comité recalca que es una disposición aplicable a todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, por ejemplo,

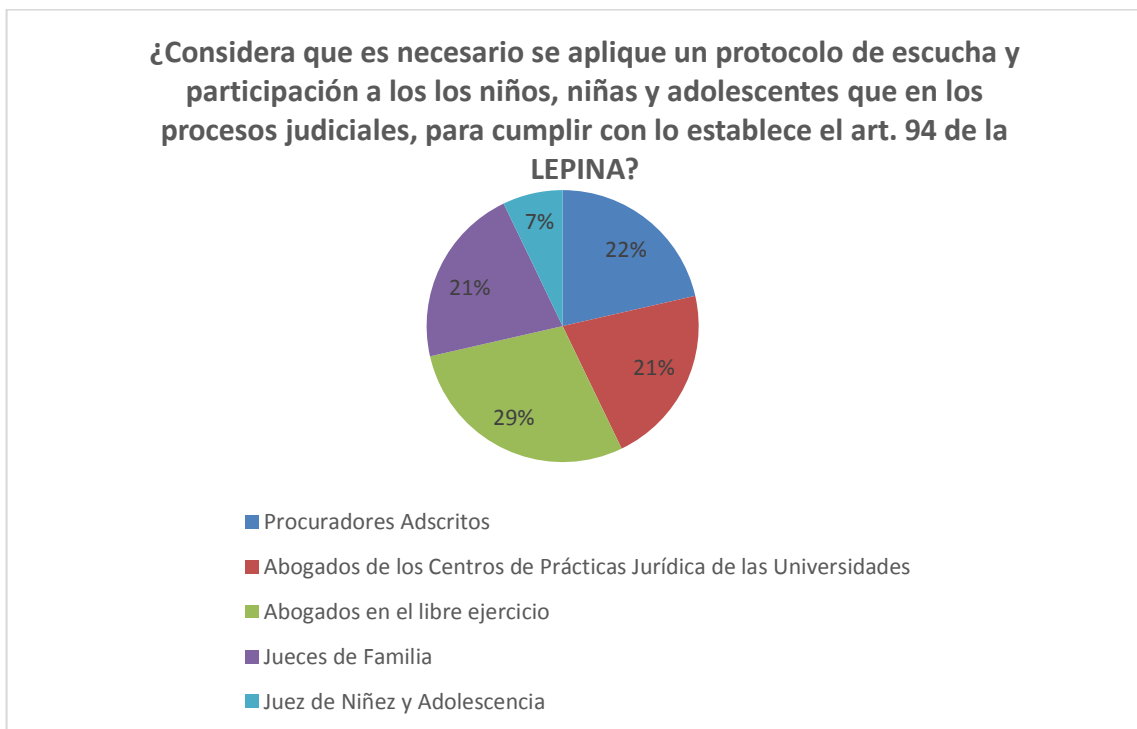
cuestiones de separación de sus progenitores, entre otros.

**TABLA 2**

**¿Considera que es necesario aplicar un protocolo de escucha y participación a los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales para cumplir con el Derecho de opinión y ser oído como lo establece el art. 94 de la LEPINA?**

Procuradores Adscritos	Abogados de los Centros de Prácticas Jurídica de las Universidades	Abogados en el libre ejercicio	Jueces de Familia	Juez de Niñez y Adolescencia
Un protocolo como guía sí sería pertinente, sin embargo, deben tomarse en cuenta las circunstancias de cada niño, niña o adolescente y el desarrollo progresivo de sus capacidades.	Sí, nosotros creemos que facilitaría las condiciones en las que se escucha al niño, niña o adolescente y permitiría que sea una regla en todos los procesos en los que ellos puedan salir afectados.	Sí, debería existir un protocolo en el que las partes procesales y materiales puedan acudir a la cita de entrevista de los niños, niñas y adolescentes.	Sí, nosotros consideramos que es importante tener una herramienta que nos permita conocer de manera más acertada la opinión de los niños, niñas y adolescentes. Tener un protocolo sería muy útil para asegurarnos de no vulnerar ningún derecho que tienen los niños niñas y adolescentes.	Diría que si, solo para el hecho que se señale los puntos esenciales para la preparación y debida orientación del abordaje. Pues no puede encajonarse una forma de abordar la escucha dependerá de cada niña, niño o adolescente y el caso en concreto. Incluso debe tenerse presente todo lo relacionado con el abordaje a víctimas, pues por lo general los casos se refieren a vulneraciones de derechos. Ello implica realizar una escucha que no permita o al menos reduzca la posibilidad de revictimizar.

## GRÁFICO 2



Todos coinciden con la que sí sería necesidad de un protocolo de escucha para que los niños, niñas y adolescentes. Unos mencionan que es necesario conocer y tomar en cuenta las circunstancias de los niños, niñas y adolescentes y no solo hacerlo como una obligación legal. Otros mencionan que este protocolo solo debe ser una guía para preparar y orientar la escucha de los niños, niñas y adolescentes sin perder de vista el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y de esa forma no vulnerar los derechos de estos.

**TABLA 3**

**En los casos que se escucha a los niños, niñas y adolescentes, la opinión es tomada en cuenta por Juzgador al momento de resolver, como se menciona en la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño.**

Procuradores Adscritos	Abogados de los Centros de Prácticas Jurídica de las Universidades	Abogados en el libre ejercicio	Jueces de Familia	Juez de Niñez y Adolescencia
Debe valorarse junto con los demás elementos probatorios. Esta debe considerarse, valorarse y motivarse en el fallo, pero no es única para tomar una decisión.	Claro, es un elemento que debe valorarse como todos los que se introducen al proceso. Se debe valorar al igual que la prueba aportada.	Únicamente en cuanto al afecto y la relación de los padres y cuidadores.	Nosotros, siempre tomamos en cuenta la opinión de los niños, niñas o adolescentes como parte de los elementos a valorar, ya que los consideramos sujetos procesales.	Debe hacer una relación de su opinión en la forma que el juzgador la valora, una valoración integral junto a los demás elementos que obren en el proceso. No debemos dejar de lado que la opinión se vuelve crucial al momento de decidir. Pues es una petición que podría desatenderse solo si va en contra de su interés superior.

### GRÁFICO 3



Los profesionales coinciden que debe ser tomada en cuenta y valorada la opinión de los niños, niñas y adolescentes, algunos mencionan que se debe valorar como cualquiera de los elementos probatorios que integran al proceso. Otros expresan que el juzgador se podría desentender de esta opinión si va en contra del interés superior del niño, niña o adolescente.

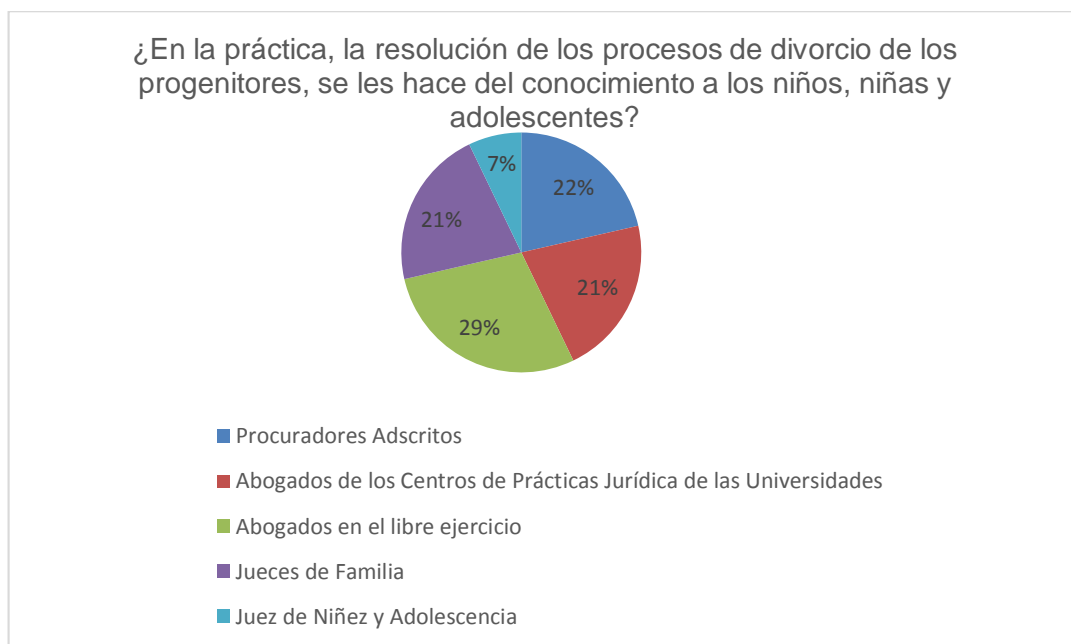
Los resultados reflejados en la tabla y gráfico anterior confirman la importancia que tienen los juzgadores de valorar la opinión de los niños, niñas y adolescentes en el momento de ser escuchados, elemento importante que señala la observación número 12 de la Convención sobre los Derechos del niño, específicamente en el párrafo 28 donde establece “Es necesario tener “debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso”.

**TABLA 4**

**¿En la práctica, la resolución de los procesos de divorcio de los progenitores, se les hace del conocimiento a los niños, niñas y adolescentes?**

Procuradores Adscritos	Abogados de los Centros de Prácticas Jurídica de las Universidades	Abogados en el libre ejercicio	Jueces de Familia	Juez de Niñez y Adolescencia
Un acto de comunicación no se realiza, ya que no son parte integrante de la relación procesal.	No, en los Juzgados de Familia de San Miguel no lo hemos visto en ningún caso.	No se les hace del conocimiento, tal vez por el grado de entendimiento de los niños, niñas y adolescentes y como les pueda afectar psicológicamente.	No, en este Juzgado no lo hacemos debido a que el niño no es plenamente parte del proceso y si entendemos que debemos hacerlo es una obligación que no estamos cumpliendo.	Debe hacerse del conocimiento cuando estos procesos afectan directa o indirectamente a la niñez y adolescencia. Generalmente se invisibilizan, incluso se llega al punto de no hacerles saber las decisiones que un juzgador toma en un caso concreto.

**GRÁFICO 4**



En la mayoría de las respuestas se establece que no se le hace saber a los niños, niñas y adolescentes la resolución en los procesos de divorcio de sus progenitores. Unos mencionan que como acto procesal no se realiza porque los niños, niñas y adolescentes

no son parte del proceso. Otros mencionan que no se realiza por el grado de entendimiento de los niños, niñas y adolescentes, ya que esta resolución puede afectarles. También se contestó que en la generalidad de los procesos no se les hace saber la resolución y los niños, niñas y adolescentes, que son invisibilizados.

Los resultados obtenidos y reflejados en la tabla y gráfico detallados anteriormente nos indican que, en la práctica, en lo relacionado a los procesos de divorcios en los Juzgados de Familia de la Ciudad de San Miguel, en donde existen niños, niñas y adolescentes actualmente no se les está haciendo del conocimiento a los niños, niñas y adolescentes el resultado de las resoluciones.

Respecto a este punto el literal d) de la observación número 12 del Comité de Los Derechos del niño en lo relacionado a la Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño (**comunicación de los resultados al niño**) en el párrafo 45 establece “Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia”.

**TABLA 5**

**¿Existe o no alguna alternativa procesal para los niños, niñas y adolescentes ante la resolución que tome el Juzgador luego del divorcio de sus progenitores?**

Procuradores Adscritos	Abogados de los Centros de Prácticas Jurídica de las Universidades	Abogados en el libre ejercicio	Jueces de Familia	Juez de Niñez y Adolescencia
Pueden interponer recursos e iniciar los procesos donde ellos actuarían como parte procesal.	En la práctica no he visto que lo hagan de forma independiente sino a través de sus padres.	Sí, existe la revisión de la sentencia o recursos que la Ley Procesal de Familia estatuye.	En casos de divorcio no hemos tenido ningún recurso por parte de los niños, niñas y adolescentes.	Sí pueden interponer cualquier tipo de recurso porque son sujetos procesales de conformidad al art. 3 de la Convención sobre los Derechos del niño y la LEPINA.

**GRÁFICO 5**



Respecto de las alternativas para poder recurrir en los procesos judiciales que afectan a los niños, niñas y adolescentes, algunos mencionan que sí cuentan con mecanismos para impugnar las resoluciones en las que ellos o ellas sientan que se les ha vulnerado

un derecho. Sin embargo, otros, mencionan que no es así ya que ellos no son parte material en el proceso por lo que no cuentan con la intervención procesal necesaria para interponer un recurso.

Al analizar los resultados de esa última pregunta realizada a los entrevistados encontramos la importancia de hacer efectiva la notificación de los resultados de las resoluciones a los niños, niñas y adolescentes, puesto que, si no se tiene conocimiento de lo resuelto, no existe la posibilidad de poder pronunciarse o impugnar por alguna inconformidad respecto a derechos derivados que puedan surgir de la resolución final dada a sus progenitores.

Siguiendo la observación número doce del Comité de Los Derechos del niño, en lo relacionado en el literal e) párrafo 46 Quejas, vías de recurso y desagravio señala “Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea pasado por alto y violado”.

#### **4.1 ANALISIS DE ENTREVISTA PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN PROCESOS DE DIVORCIO DE SUS PROGENITORES.**

La entrevista fue realizada a un niño de siete años de edad, hijo de una pareja que se divorció en el año dos mil diecinueve, cuando era de cinco años de edad, el divorcio fue por el motivo de separación de los cónyuges por uno o más años consecutivos; la segunda entrevista fue realizada a una adolescente de trece años de edad, hija de un matrimonio que se divorció a finales del año dos mil diecinueve, por el motivo de mutuo consentimiento de los cónyuges, procesos que se realizaron en dos Juzgados de la ciudad de San Miguel.

La entrevista se contestó por una población de un niño y una adolescente. Haciendo un total de dos entrevistas de esta población. Es así como el instrumento de recolección de información de trabajo de campo citado se elaboró con 5 interrogantes con preguntas abiertas.

Por lo que a continuación se hace el análisis e interpretación de resultados de los hallazgos encontrados sobre las respuestas que se obtuvo de esta entrevista y se desarrolla de la siguiente manera.

**TABLA 1****¿Cuántos años tiene?**

Niño	Adolescentes
7 años.	13 años.

En la pregunta inicial planteada obtenemos una muestra de un niño y una adolescente de siete y trece años de edad, en el caso del niño fue por el motivo de divorcio por separación de los cónyuges por uno o más años consecutivos y en el caso de la adolescente fue por un divorcio por mutuo consentimiento de los cónyuges, edad que está dentro del rango de la población estudiada en relación al Derecho de opinar y ser oído.

**TABLA 2****¿En el proceso de divorcio de sus progenitores, ¿le preguntaron su opinión?**

Niño	Adolescentes
Sí, me hicieron unas preguntas.	No. No me llamaron.

En la tabla anterior se identifica que respecto al niño entrevistado en el divorcio por separación de los cónyuges por uno o más años consecutivos, si fue escuchado, diferente fue, el caso de la adolescente que en el proceso de divorcio por mutuo consentimiento entre los cónyuges, nunca fue tomada en cuenta, no se le oyó ni se le preguntó su opinión.

**TABLA 3****¿Escucharon de su opinión de forma presencial?**

Niño	Adolescentes
Sí, mi mamá me llevó al Juzgado.	No. No me llamaron.

La tabla presentada respecto a la tercera pregunta relacionada a si fue realizada la opinión de forma presencial, el resultado fue positivo dado que el niño hijo de los progenitores del proceso de divorcio por separación de los cónyuges por uno o más años consecutivos, si fue escuchado de forma presencial, circunstancia que no sucedió en el proceso de divorcio por mutuo consentimiento entre los cónyuges.

**TABLA 4****¿Le explicaron sobre el proceso y los efectos de su opinión?**

Niño	Adolescentes
No	No

El resultado que presenta la pregunta planteada nos refleja una información interesante respecto a la forma en que se desarrolla el proceso de escucha y opinión de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de divorcios, puesto que el niño entrevistado en el caso en referencia indica no haber contado con una explicación del proceso, ni los efectos que produce el mismo respecto a su opinión en el proceso, lo que indica que la forma en que se realizó faltó hacer énfasis en lo relativo a este apartado, respecto a la adolescente que se entrevistó, tampoco tuvo esta oportunidad en el proceso desarrollado respecto a sus progenitores.

**TABLA 5****¿Le hicieron saber el resultado del proceso?**

Niño	Adolescentes
No	No

Esta última pregunta relacionada con hacer saber el resultado de lo resuelto a los niños, niñas y adolescentes respecto a la decisión que se tomó en el proceso de divorcio de sus progenitores, identificamos que a los entrevistados no se les hizo saber ese resultado, lo que indica que a la fecha es necesario hacer efectivo esos Derechos a los niños, niñas y adolescentes, lo que implica para los operadores de justicia un papel más activo para hacer efectivos la totalidad de los Derechos, dado que si no se hace saber el resultado, también no se podría hacer uso de ninguna alternativa de impugnación cuando exista desventaja o vulneración a derechos derivados del resultado del divorcio de sus progenitores.

#### **4.2 ANALISIS E INTERPRETACION DE ENTREVISTA PARA PSICÓLOGOS.**

La entrevista fue realizada a dos psicólogas, quienes tienen experiencia trabajando con niños. Además, una de ellas ha laborado en un Juzgado de Familia. Por lo que tienen conocimiento sobre la forma de escucha a los niños en los procesos de divorcio de sus progenitores.

La entrevista se contestó por una población de dos psicólogas. Haciendo un total de dos entrevistas de esta población. Es así como el instrumento de recolección de información de trabajo de campo citado se elaboró con 5 interrogantes con preguntas abiertas.

Por lo que a continuación se hace el análisis e interpretación de resultados de los hallazgos encontrados sobre las respuestas que se obtuvo de esta entrevista y se desarrolla de la siguiente manera.

**TABLA 1**

**¿Considera que es necesario que se aplique un protocolo de escucha y participación en los procesos judiciales que intervengan niños, niñas y adolescentes, para cumplir con lo establecido en el art. 94 de la LEPINA?**

Psicóloga 1	Psicóloga 2
<p><b><i>No necesariamente, porque cuando ese derecho no resulte conveniente al interés superior del niño, niña o adolescente, este se ejercerá por medio de su madre, padre, representante o responsable.</i></b></p> <p>Antes que todo es importante recalcar que ningún niño, niña o adolescente podrá ser obligado de cualquier forma a expresar su opinión.</p> <p>Por el momento no existe ni ha existido ningún protocolo, se va dando en base a los requerimientos de cada juez o jueza</p>	<p>Creo que si es necesario llevar un protocolo de escucha y participación de los niños y niñas y adolescentes en los procesos de divorcio, ya que ellos tienen derecho a opinar y ser oídos ante el proceso de separación de sus padres.</p>

El resultado obtenido por parte de las psicólogas entrevistadas reflejada un resultado dividido, porque una de las entrevistadas considera que no es necesario contar con un protocolo, mientras que la siguiente profesional entrevistada considera necesaria la existencia de un protocolo, lo que coincide con la mayoría de la población entrevistada en instrumentos que fueron consultados a otros profesionales durante la investigación.

Lo que hace considerar viable la existencia de un protocolo de escucha y participación pues proporcionaría una guía para el personal que tenga que intervenir en procesos donde sea necesario escuchar la opinión de los niños niñas y adolescentes.

**TABLA 2**

**¿Considera usted que los Jueces toman en cuenta la opinión de los niños, niñas o adolescentes al momento de resolver en el proceso de divorcio de sus padres?**

Psicóloga 1	Psicóloga 2
<p>Si, lo toman en cuenta, de lo contrario sería nulo conforme al artículo 223 de la LEPINA, La consecuencia por violentar este derecho de opinión y de ser oído es: la invalidez de lo actuado y todo lo que sea su consecuencia inmediata. Antes no se les daba intervención porque eran vistos como objetos y hoy con la LEPINA y LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, son considerados y consideradas sujetos que también tienen derechos.</p> <p>Actualmente la escucha se efectúa a través de videollamadas debido a la pandemia por COVID-19. Y así evitar que el niño, niña o adolescente salga de casa.</p> <p>En este sentido juega un papel muy importante el estudio que efectúa el Equipo Multidisciplinario, ya que le da herramientas al juez o jueza a la hora de emitir un veredicto.</p>	<p>Hasta cierto punto creo que si ya que ellos buscan el bienestar cognitivo, emocional y conductual de los niños y niñas y adolescentes.</p>

La tabla anterior arroja un resultado positivo en cuanto a la valoración que realizan los jueces de la escucha de los niños, niñas y adolescentes en procesos donde se resuelve el divorcio de sus progenitores, incluso reconocen la consecuencia que tiene el no hacerlo como es el caso de la nulidad de lo actuado.

Otro dato importante que se pudo conocer es que actualmente para hacer efectivo El Derecho en referencia incluso se ha recurrido a la tecnología por medio de video

llamadas, debido a la pandemia por COVID-19. y de esa forma evitar que el niño, niña o adolescente salga de casa.

**TABLA 3**

**¿Considera importante hacerle saber al niño, niña o adolescente la resolución del proceso?**

Psicóloga 1	Psicóloga 2
<p>Si, es importante hacerle saber que papá y mamá ya no estarán juntos que ya no pueden convivir bajo el mismo techo, para ello es imprescindible que un profesional de la salud mental sea este psicólogo o psicóloga prepare en primer lugar a los padres para que estos puedan explicarle la situación a los hijos e hijas, haciéndoles saber que no es su culpa y expresándoles lo mucho que lo o los quieren.</p>	<p>Si considero que es necesario hacerle saber la resolución del proceso a los niños, niñas y adolescentes debido a que ante el proceso de divorcio de los padres la dinámica familiar cambia y por ende la rutina diaria.</p>

De la tabla anterior sobre la importancia de hacer saber a los niños, niñas y adolescentes la resolución de lo actuado a sus progenitores, las entrevistadas coinciden en que es una acción que debe realizarse.

Factor importante a tomar en cuenta de las respuestas obtenidas es la forma en que debe hacerse, como expertos en el área, mencionan la importancia que un profesional de la psicología prepare tanto a los progenitores como a los niños, niñas y adolescentes sobre la nueva dinámica familiar, lo que sin duda traerá cambios.

**TABLA 4**

**¿De qué manera podría afectar al niño, niña o adolescente no tomarlo en cuenta en un proceso de divorcio de sus progenitores?**

Psicóloga 1	Psicóloga 2
<p>Porque si no se escucha al niño, niña o adolescente, podría darse la posibilidad que se le confiere el cuidado al padre o madre que posiblemente sea el menos idóneo o sea un maltratador o maltratadora, y que ejerce castigo físico el cual está prohibido.</p> <p>Al escuchar al niño, niña o adolescente él o ella dice con qué padre prefiere quedarse, con el que más garantiza sus derechos o con el que el niño, niña o adolescente se siente cómodo o cómoda.</p>	<p>Puede afectar no tomar en cuenta a los niños y niñas y adolescentes en un proceso judicial de las siguientes maneras: a nivel psicológico, emocional y conductual, apegado a una dinámica familiar que ya no existe.</p>

Las respuestas obtenidas por las profesionales entrevistadas, expresadas de diferentes formas, indican que definitivamente el no escuchar a los niños, niñas y adolescentes afectaría significativamente.

La afectación que se logra identificar en los factores expresados por las psicólogas, son aquellos Derechos derivados del proceso de divorcio, entre ellos el cuidado personal, en cambio se si escucha al niño, niña y adolescente se tiene la posibilidad de otorgar el cuidado al padre que mejor garantice sus derechos.

Otro elemento para tomar en cuenta identificado de la entrevista a las profesionales en referencia es el hecho de considerar la afectación que puede existir a los niños, niñas y

adolescentes al no ser escuchados y son también aquellos aspectos psicológicos, emocionales y conductuales.

**TABLA 5**

**¿Qué información se le debe proporcionar a los niños, niñas o adolescentes que opinan en el proceso de divorcio de sus padres y a qué edad debe hacerse?**

Psicóloga 1	Psicóloga 2
<p>La información es un derecho al cual debe tener acceso el niño, niña o adolescente, y se debe proporcionar con la ayuda de un especialista, psicólogo, psicóloga para minimizar el impacto psicológico que trae consigo un proceso de divorcio sobre todo cuando hay hijos, hijas de por medio.</p> <p>No existe edad específica, se podría hablar de seis a ocho años como mínimo, pero en este caso se valora su capacidad mental, su madurez emocional ya que la edad mental juega un papel muy importante para determinar el tipo de información y la manera en que se dará a conocer al niño, niña o adolescente.</p>	<p>Considero que la información que se les debe de brindar y la edad más apropiada, dependerá de la edad que tengan, de la personalidad y de las circunstancias concretas del proceso de separación y divorcio que hayan llevado los padres; es de analizar las consecuencias y las repercusiones que tendrá en la vida de cada niño y niña y adolescente, todos reaccionamos de diferentes maneras ante los diversos acontecimientos.</p>

El resultado obtenido en la tabla anterior respecto a la información que se le debe proporcionar a los niños, niñas y adolescente, las profesionales de la psicología consideran que debería realizarse con un especialista en la psicología para minimizar el impacto que genera enfrentarse a un divorcio.

Por otra parte, respecto a la edad que debe hacerse no existe un número en que se pueda decir que a esa edad es la indicada, dado que existen muchos factores que deben contribuir para desarrollar ese Derecho, pues se pueden tener en cuenta la capacidad mental, la madurez emocional, de todos esos factores depende la información que se

debe brindar y la forma en que se debe realizar, así como también se debe considerar la personalidad y las circunstancias concretas del proceso de separación.

Cuando analizamos las respuestas brindadas por las psicólogas entrevistadas encontramos sintonía con elementos que se desarrollan en la normativa como lo dispuesto en el inciso primero parte final del art. 94 de la LEPNA cuando señala que “La opinión de los niños, niñas y adolescentes será recibida con métodos acordes a su edad y será tomada en cuenta en función de su desarrollo evolutivo.”

En la observación número 12 del Comité de los Derechos del Niño, en el literal c) en lo referente a la evaluación de la capacidad del niño, específicamente en el párrafo 44 expresa “Las opiniones del niño deben tenerse debidamente en cuenta, siempre que un análisis caso por caso indique que el niño es capaz de formarse un juicio propio. Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Deben establecerse buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño”.

Cuando consideramos lo expuesto por los profesionales en el área de la psicología y las disposiciones legales establecidas en las diferentes normativas identificamos que no existe una edad específica en la que digamos que es la adecuada para escuchar al niño, niña y adolescente, que dependerá de cada caso en específico y por lo que los juzgadores deben implementar buenas prácticas de forma que el Derecho en referencia se haga efectivo y no por la falta de este se vulnere ese Derecho.

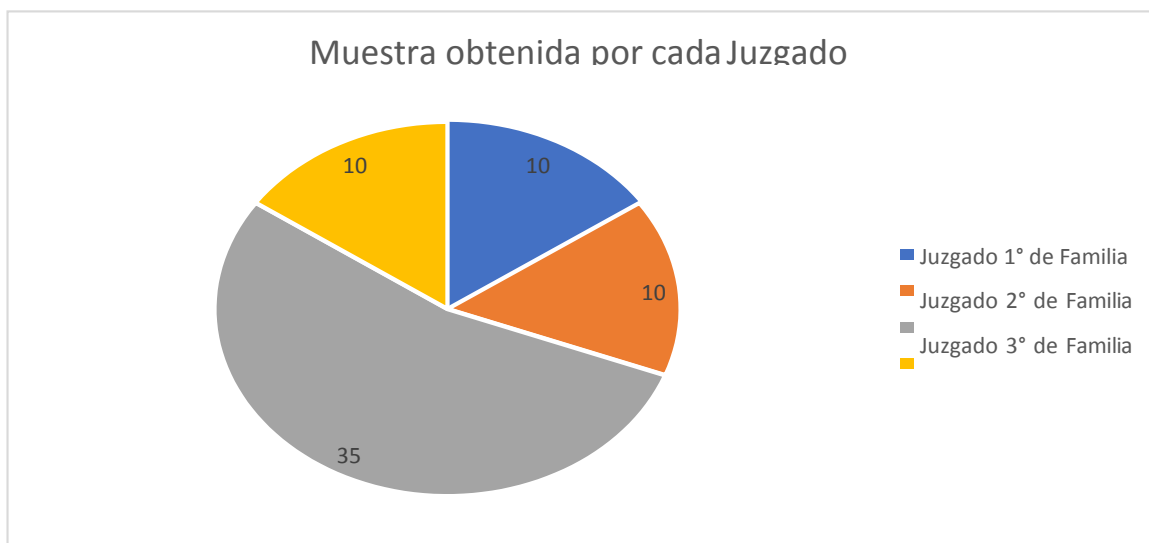
### 4.3 REVISIÓN DE EXPEDIENTES

Se revisaron expedientes de los Juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Familia de la ciudad de San Miguel, mismos de los que se obtuvo muestra que se refleja en la siguiente matriz.

#### UNIVERSO Y MUESTRA DE VERIFICACIÓN DE EXPEDIENTES CONSULTADOS.

Unidad de Análisis	Año de verificación de expediente 2019-2020
	Muestra obtenida por cada juzgado
Juzgado 1º de Familia	10
Juzgado 2º de Familia	10
Juzgado 3º de Familia	35
Juzgado 4º de Familia	10
<b>Total</b>	<b>65</b>

Para recopilar la información necesaria en la investigación se diseñó una guía para la verificación de los expedientes en la se trabajó con temas fundamentales para obtener el resultado de la muestra obtenida, temas que se especifican en la siguiente matriz.



**TEMAS FUNDAMENTALES VERIFICADOS EN LA MUESTRA DE EXPEDIENTES**

Rubro	Temas fundamentales analizados en los expedientes
1	Motivo de divorcio
2	Rango de edad del niño, niña o adolescente
3	Verificación de informe de equipo multidisciplinario
4	Los niños, niñas y adolescentes fueron escuchados en el proceso
5	Forma en que se documentó la escucha del niño, niña o adolescente
6	En qué momento procesal se realizó la escucha del niño, niña o adolescente
7	El niño, niña y adolescente fue acompañado por abogado
8	. El Juzgador valoró en la resolución la escucha del niño, niña y adolescente
9	Se notificó al niño, niña y adolescente el resultado final del proceso y si realizó alguna alternativa procesal.

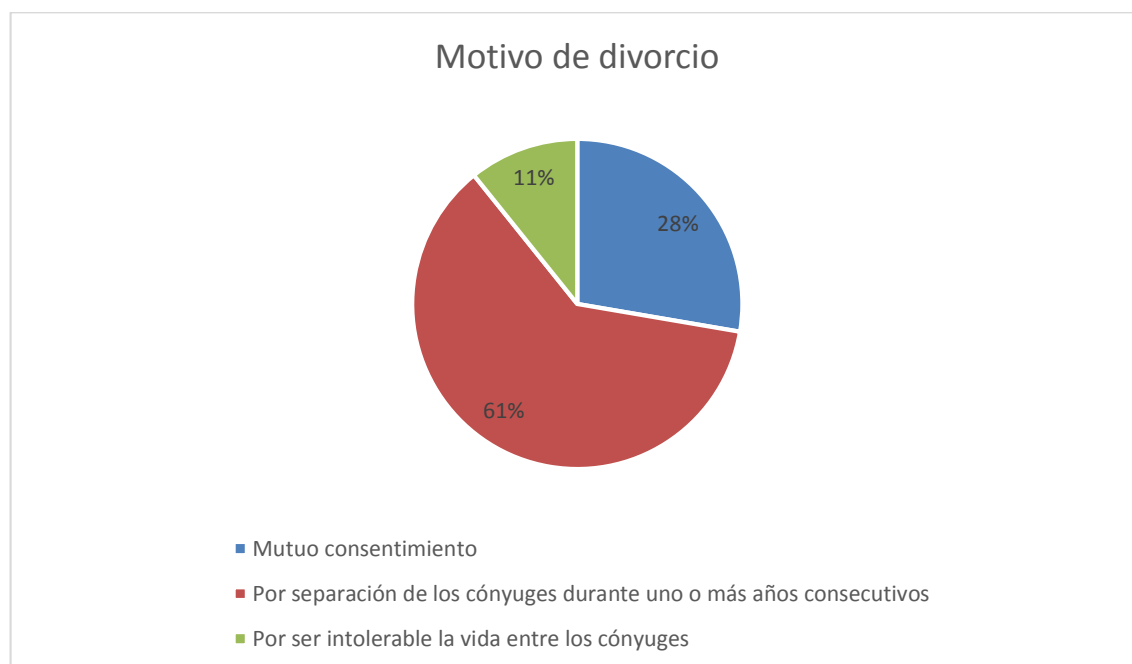
Por lo que a continuación se desarrolla el análisis e interpretación de resultados de los hallazgos encontrados sobre las respuestas que se obtuvo de la consulta de los expedientes relacionados, lo que se refleja de la siguiente manera:

### TEMA FUNDAMENTAL N° 1. MOTIVO DE DIVORCIO

**TABLA 1**

Matriz de tema fundamental N.º 1				
	Mutuo Consentimiento	Por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos	Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges	Muestra
Motivo de divorcio	18 procesos	40 procesos	7 procesos	6 procesos

**GRÁFICO 1**



De los cuatro Juzgados de Familia a los que se solicitó poder revisar el 10% de los casos en donde habían niños por las tres causales de divorcio, solamente se nos

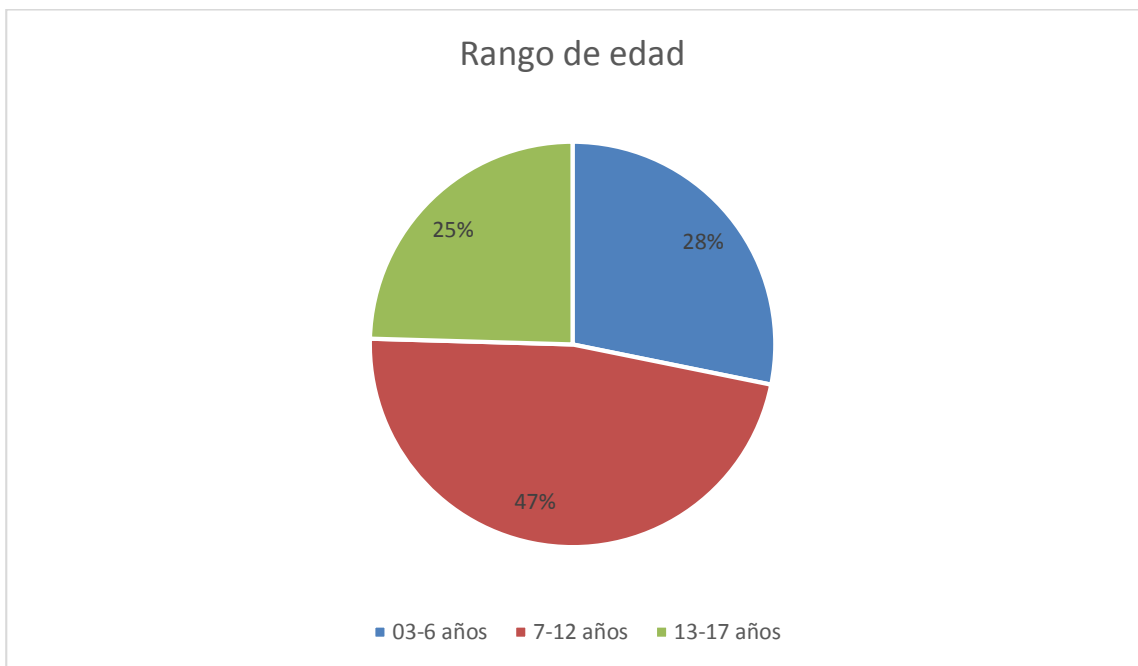
permitió revisar la cantidad de 65 expedientes en total, 10 del Juzgado 1º de Familia 10 del Juzgado 2º de Familia, y fue el Juzgado tercero de Familia el único que nos permitió revisar los solicitado con la cantidad 35 expedientes 10 del Juzgado 4º de Familia, fue con esta muestra que pudimos revisar el procedimiento que se realiza en los tres Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel, respecto de la primera causal pudo identificarse que la generalidad de los casos solamente se presenta el acuerdo, se realiza la Audiencia de Sentencia donde se homologa el acuerdo y no se realiza Audiencia de escucha de los niños, niñas y adolescentes y por esa razón el número de expedientes proporcionados por esta causa fue la cantidad de dieciocho expedientes, con lo referente a la segunda causal puede se observó la mayor cantidad de casos en donde se realiza el derecho de escucha y con la tercera Causal por ser intolerable la vida en común solamente se nos proporcionó la cantidad de siete expedientes dado que se nos informó que por esta causal son pocos los casos que se presentan y de esta cantidad son declarados inadmisibles o improponibles.

## TEMA FUNDAMENTAL N° 2 RANGO DE EDAD

**TABLA 2**

<b>Matriz de tema fundamental N.º 2</b>				
	<b>03 a 6- años</b>	<b>7-12 años</b>	<b>13-17 años</b>	<b>Muestra</b>
<b>Rango de edad del niño, niña o adolescente</b>	<b>31 niños o niñas</b>	<b>53 niños o niñas</b>	<b>27 niños, niñas o adolescentes</b>	<b>111 niños, niñas o adolescentes</b>

**GRÁFICO 2**



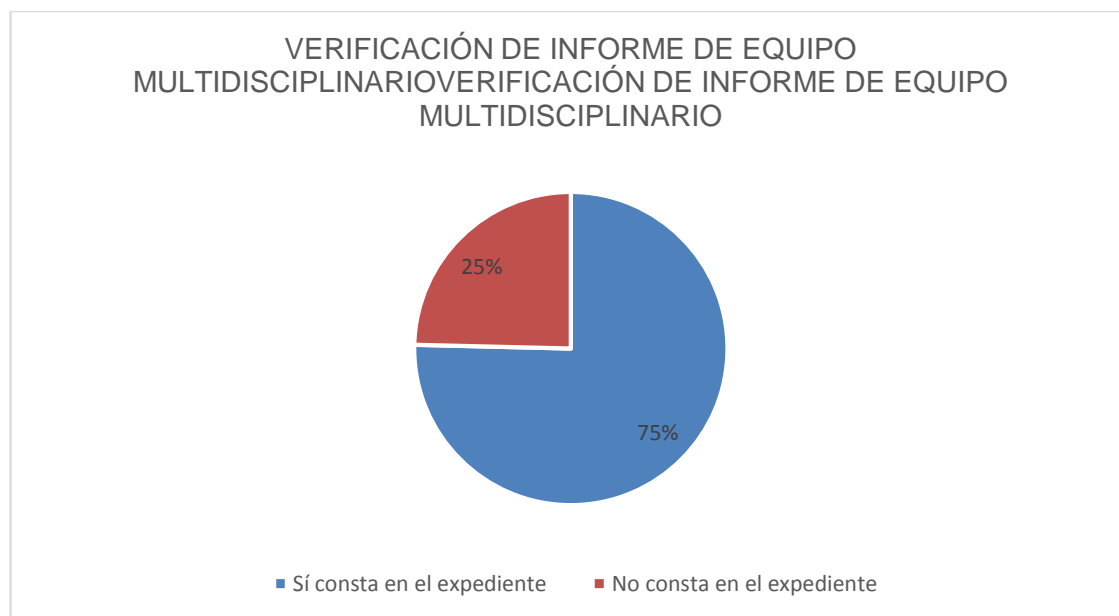
En este rubro es importante mencionar que no obstante la muestra analizada es un total de 65 expedientes, al revisar los mismos se obtuvo la cantidad de ciento once niños, niñas y adolescentes, porque se verificó procesos en donde habían dos o tres niños, niñas y adolescentes, respecto al primero rubro en edades de 03 a 06 años, consta en actas de escuchas en donde el Juez observó el comportamiento de niños que no obstante no se expresaron verbalmente pero pudo identificar la afinidad con uno de los cónyuges lo que fue considerado en la resolución final para resolver el cuidado personal por ejemplo, con el segundo y tercer rubro 7-12 y 13 a 17 años de edad, los niños, niñas y adolescentes que estuvieron en audiencia de escuchas se les realizan preguntas generales respecto a sus datos generales, con quien residen, como se llevan con sus progenitores y si conocen las razón por la que se encuentran en esa lugar de lo ellos emiten su opinión.

## TEMA FUNDAMENTAL N° 3 VERIFICACIÓN DE INFORME DE EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO

**TABLA 3**

Matriz de tema fundamental N.º 3			
	Consta en expediente	No consta en el expediente	Muestra
Verificación de informe de equipo multidisciplinario	Si constan en 37 expedientes	No consta en 28 expedientes	65 expedientes en total

**GRÁFICO 3**



En la muestra observada pudo identificarse que respecto a los procesos por la causal de mutuo consentimiento no se realiza la escucha de los niños, niñas y adolescentes ni se realiza estudio por parte del equipo multidisciplinario, con las causales de separación y de vida intolerable no siempre se realizan los estudios y el estudio que con más frecuencia se realiza es el socio-económico que toman de parámetro para

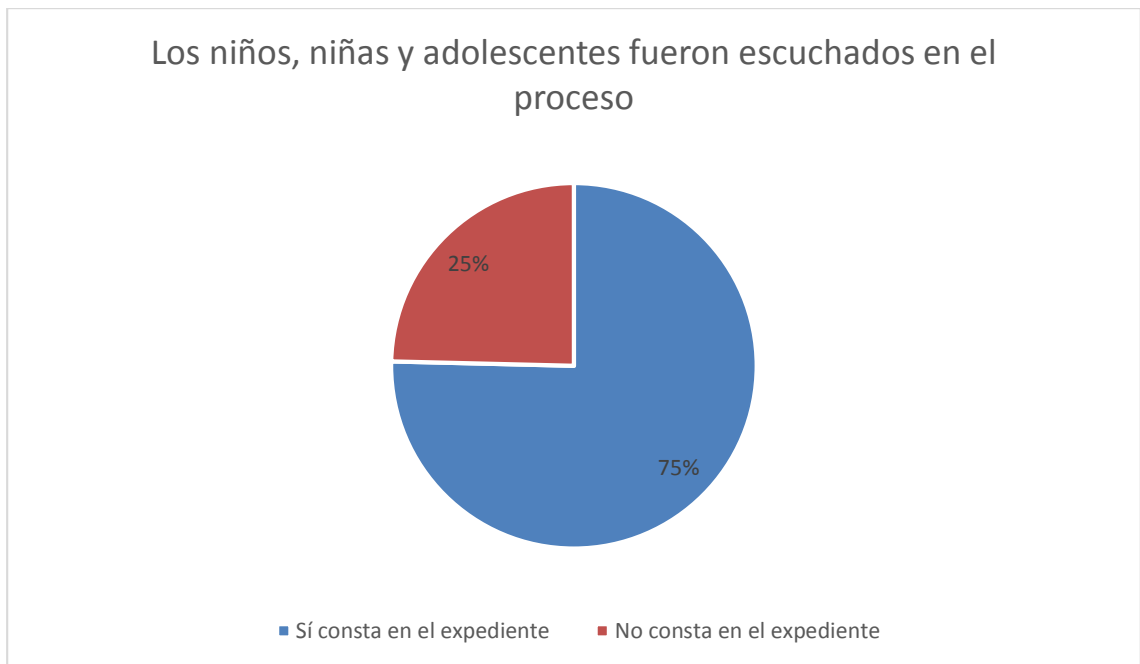
resolver derechos conexos como la cuota alimenticia, identificando que no se cumple satisfactoriamente los Derechos de los niños, niñas y adolescentes porque al no realizar estos estudios no es posible identificar las niñas y adolescentes ni se realiza estudio por parte del equipo multidisciplinario, con las causales de separación y de vida intolerable no siempre se realizan los estudios y el estudio que con más frecuencia se realiza es el socio-económico que toman de parámetro para resolver derechos conexos como la cuota alimenticia, identificando que no se cumple satisfactoriamente los Derechos de los niños, niñas y adolescentes porque al no realizar estos estudios no es posible identificar las condiciones en que encuentran los mismos.

#### **TEMA FUNDAMENTAL N° 4 LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES FUERON ESCUCHADOS EN EL PROCESO**

**TABLA 4**

<b>Matriz de tema fundamental N.º 4</b>			
<b>Los niños, niñas y adolescentes fueron escuchados en el proceso</b>	<b>Si consta en el expediente</b>	<b>No consta en el expediente</b>	<b>Muestra</b>
	<b>Si consta la escucha en 49 expedientes</b>	<b>No consta en 16 expedientes</b>	<b>65 expedientes en total</b>

#### GRÁFICO 4



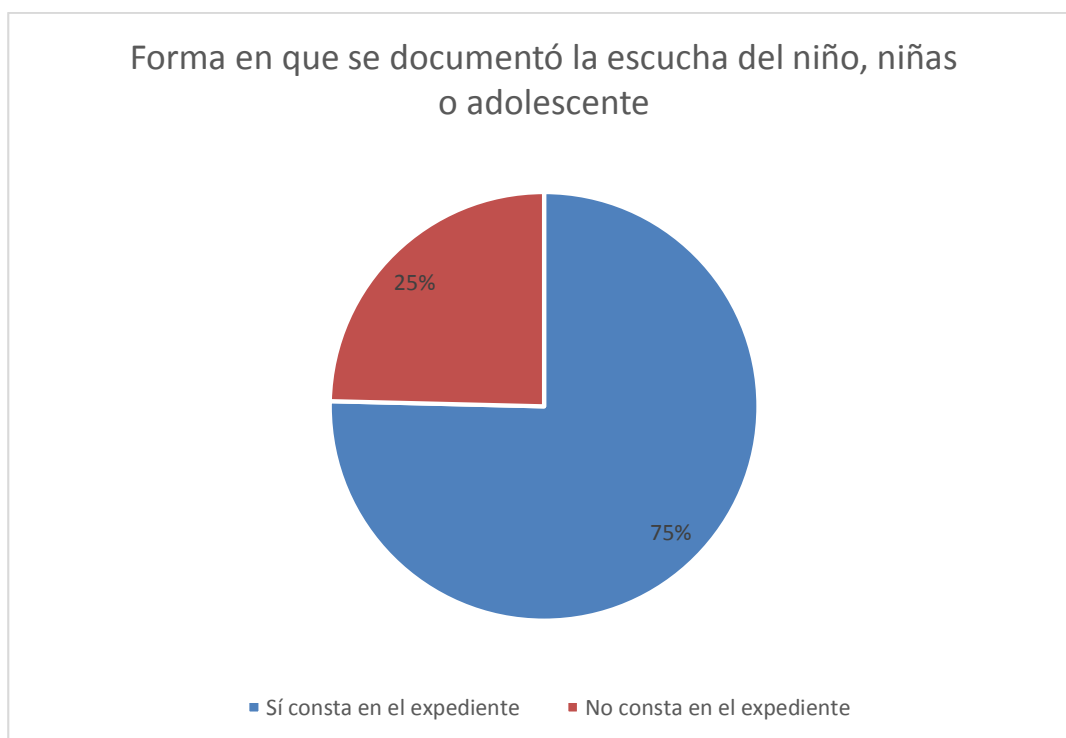
Con relación al Derecho de escucha de los niños niñas y adolescentes, no obstante tener una muestra de 65 expedientes, si consta la escucha en cuarenta y nueve de los expedientes verificados que corresponde a las causales de separación de los cónyuges y por ser intolerable la vida en común, y con la causal por mutuo consentimiento de los dieciocho expedientes consultados solamente se realizó la audiencia de escucha en dos de los dieciocho expedientes consultados, encontrando que dieciséis de los expedientes verificados por la causal en comento no se realizó audiencia de escucha, solamente se homologó el acuerdo sin que los niños, niñas y adolescentes tuvieran participación respecto a la resolución de la solicitud y acuerdo de sus progenitores, no cumpliéndose con el derecho establecido en los artículos 94 de la LEPINA, 7 literal j de la Ley Procesal de Familia, artículo 12 de la Convención Sobre Los Derechos del Niño ni con lo establecido en la Observación General número 12.

**TEMA FUNDAMENTAL N° 5 FORMA EN QUE SE DOCUMENTÓ LA ESCUCHA DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.**

**TABLA 5**

<b>Matriz de tema fundamental N.º 5</b>			
<b>Forma en que se documentó la escucha del niño, niña o adolescente</b>	<b>Si consta en el expediente</b>	<b>No consta en el expediente</b>	<b>Muestra</b>
	<b>Si consta en Audiencia especial de escucha de niño, niña y adolescente en 49 expedientes</b>	<b>No consta en 16 expedientes</b>	<b>65 expedientes en total</b>

**GRÁFICO 5**



De la muestra obtenida en 49 expedientes se constató, que la escucha del niño,

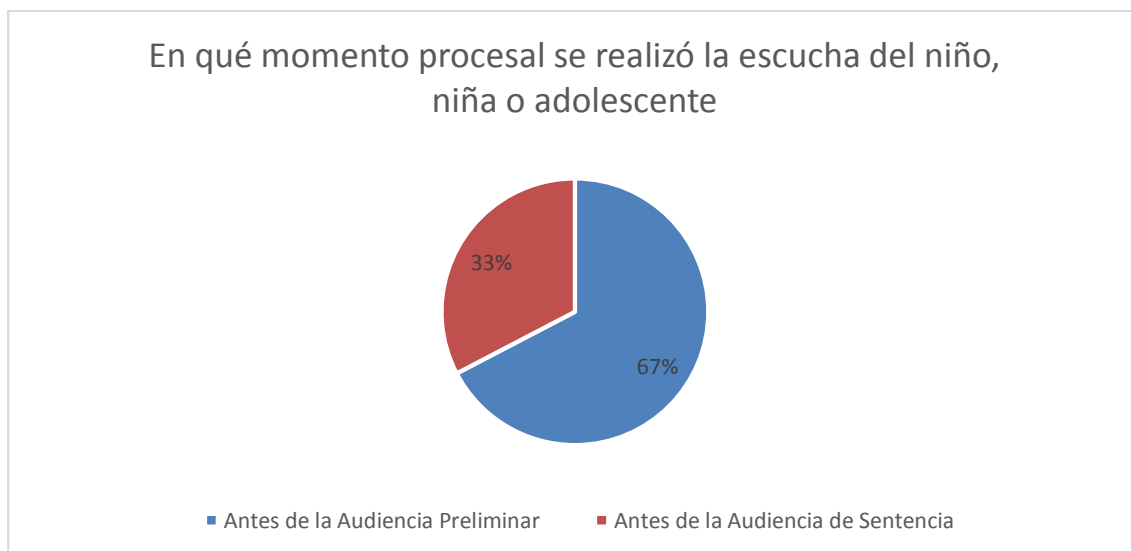
niña y adolescente se realiza en un documento por separado que en los Juzgados la identifican como Audiencia Especial de Escucha y opinión, en donde documentan las generales del niño los comparecientes y lo contestado por el niño, niña y adolescente y en dieciséis de los expedientes verificados no se encontró la misma y es en los procesos que corresponde a la causal de divorcio por mutuo consentimiento.

### TEMA FUNDAMENTAL N° 6 EN QUÈ MOMENTO PROCESAL SE REALIZÒ LA ESCUCHA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.

**TABLA 6**

Matriz de tema fundamental N.º 6			
En qué momento procesal se realizó la escucha del niño, niña o adolescente	Antes de Audiencia Preliminar	Antes de Audiencia de Sentencia	Muestra
	33 expedientes	16 expedientes	49 expedientes en total

**GRÁFICO 6**



De los 65 expedientes verificados la escucha se realizó en 49 expedientes, cantidad de la cual en 33 expedientes se realizó antes de la Audiencia Preliminar y en 16 expedientes se realizó previo a la Audiencia de Sentencia, circunstancia

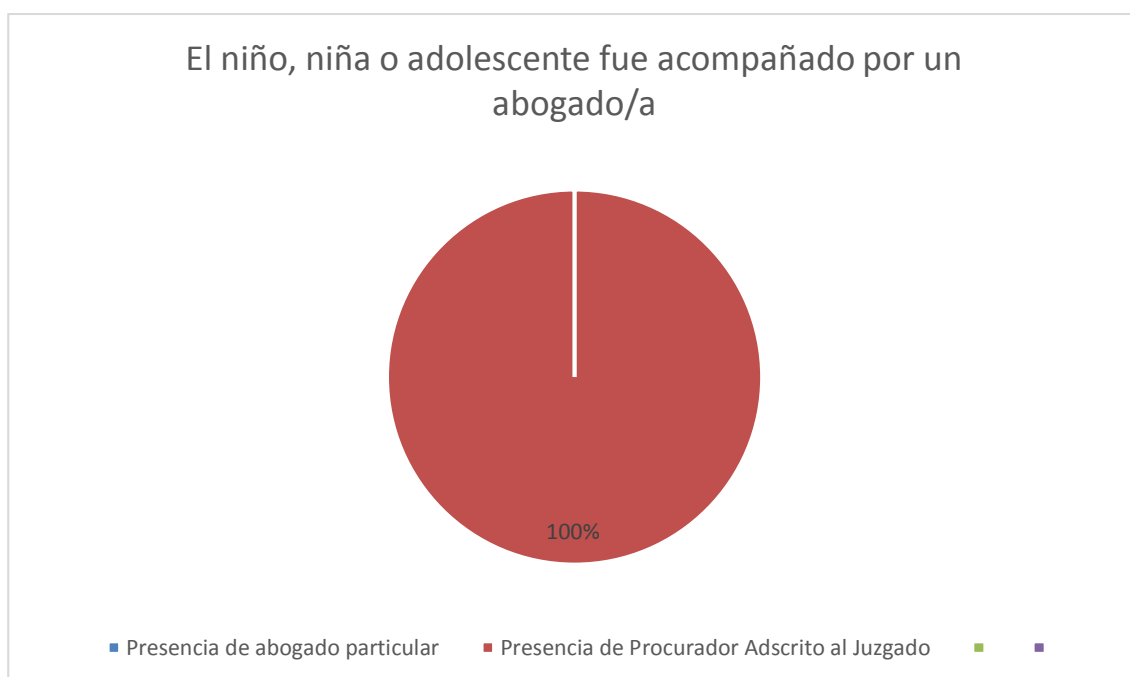
generalmente obedece al momento en que las partes procesales los hacen comparecer.

## TEMA FUNDAMENTAL N° 7 EL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE FUE ACOMPAÑADO POR ABOGADO.

**TABLA 7**

Matriz de tema fundamental N.º 7			
El niño, niña y adolescente fue acompañado por abogado	Presencia de abogado particular	Presencia de Procurador adscrito al Juzgado	Muestra
	No se presentaron con abogado	49 expedientes	49 expedientes en total

**GRÁFICO 7**



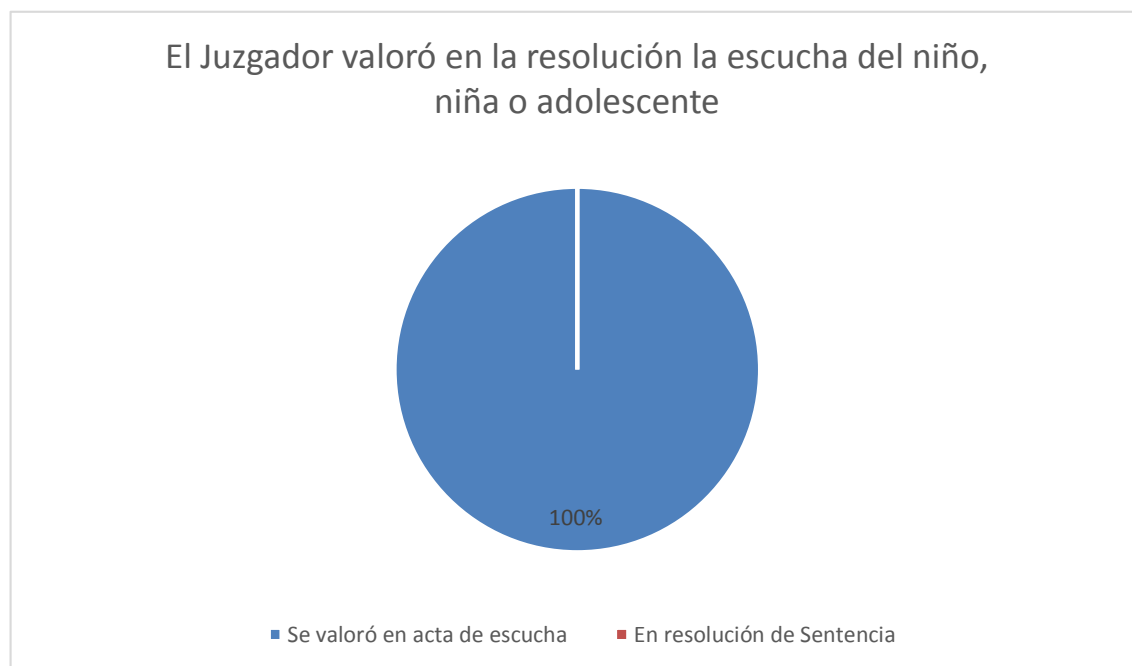
En los procesos analizados no se encontró acompañamiento por parte de abogado del niño de forma particular, solamente consta la presencia de procurador y procuradora adscrita al Juzgado de Familia, esto se evidenció en los 49 casos observados, lo que refleja que en la práctica en la generalidad de los casos no se hace uso de esta figura.

## TEMA FUNDAMENTAL N° 8. EL JUZGADOR VALORÓ EN LA RESOLUCIÓN LA ESCUCHA DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE.

**TABLA 8**

Matriz de tema fundamental N.º 8			
El Juzgador valoró en la resolución la escucha del niño, niña y adolescente	Se valoró en acta de escucha	En resolución de Sentencia	Muestra
	Si se valoró en 49 expedientes	Solamente se resuelve sin motivar la escucha del niño.	49 procesos

**GRÁFICO 8**



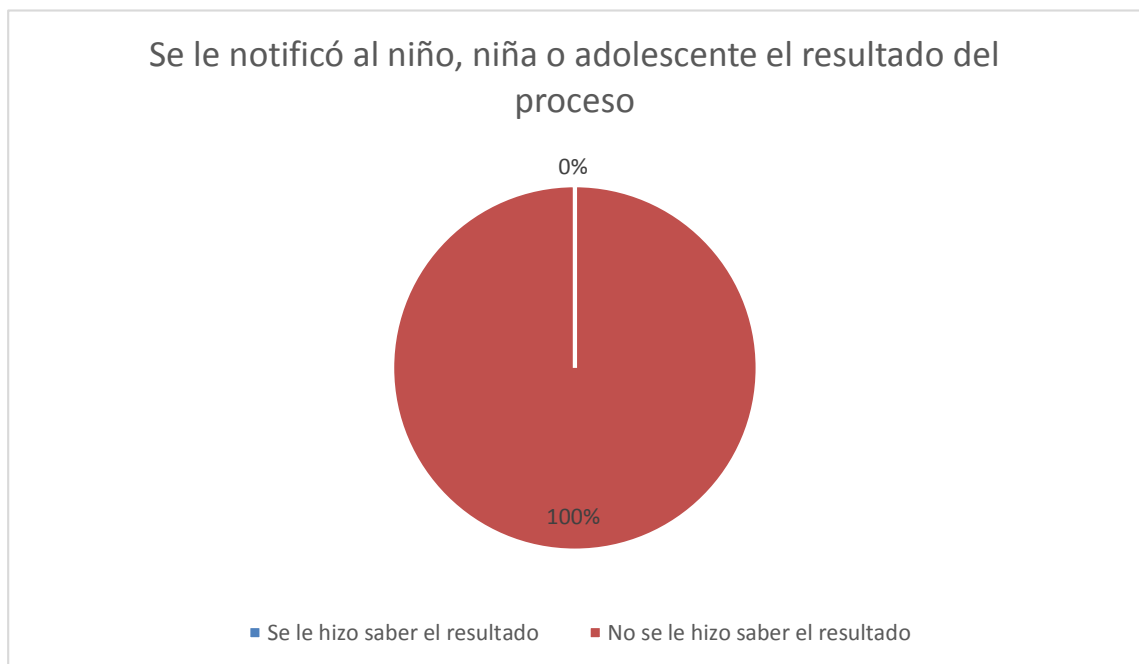
En los 49 expedientes que se observaron consta un acta por separado en donde se documenta la escucha del niño, niña y adolescente, y en lo referente a la sentencia pudo identificarse que en la generalidad de las mismas, no existe una motivación en la que se justifique que se realizó la escucha y participación del niño, niña y adolescente y las razones por la que se resuelve de tal forma en lo referente a sus derechos, no obstante que se toman en cuenta, no se documenta en la sentencia la fundamentación de la escucha del niño, niña y adolescente.

**TEMA FUNDAMENTAL N° 9. SE NOTIFICÓ AL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE EL RESULTADO FINAL DEL PROCESO Y SI REALIZÓ ALGUNA ALTERNATIVA PROCESAL.**

**TABLA 9**

Matriz de tema fundamental N.º 9			
Se le notificó al niño, niña y adolescente el resultado del proceso.	Se le hizo saber el resultado	No se le hizo saber el resultado	Muestra
		0	65 no se le hizo saber

**GRÁFICO 9**



En los sesenta y cinco expedientes verificados, no se encontró ni un sólo caso en el que se notificara al niño, niña y adolescente la resolución final dada a sus progenitores, ni tampoco se identificó ningún expediente en el que se interpusiera algún tipo de recurso por parte de niño, niña y adolescente, pues no tienen conocimiento de la resolución final, lo que refleja que en lo relacionado a este Derecho de participación no se cumple con la expectativa señalada en las leyes especiales y convención sobre los derechos del niño.

#### **4.4 ANALISIS E INTERPRETACION DE ENUNCIADO DEL PROBLEMA, HIPÓTESIS Y OBJETIVOS. ENUNCIADO DEL PROBLEMA Y SOLUCIÓN**

En la investigación se formulan ciertos pasos importantes para llevarla a cabo entre los que tenemos el enunciado del problema que se planteó de la siguiente manera **¿Cuál ha sido el cumplimiento sobre el derecho de escucha de los niños, niñas y adolescentes cuando se tramitan los divorcios por sus tres motivos en los Juzgados de Familia de la Ciudad de San Miguel, en los años 2019 a 2020 ?**

En el desarrollo de la base teórica se abordó lo relacionada al Derecho que tienen los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, así como la recepción normativa existente a la temática (Cap. II página 35 a la 39 Infra), por lo que durante la investigación de campo se realizaron entrevistas a Jueces de Familia, a un Juez de Niñez y Adolescencia, procuradores de Familia adscritos, abogados de centros de prácticas jurídicas de universidades, abogados en el libre ejercicio, psicólogas, un niño y una adolescente respecto a la temática.

También se revisaron expedientes de procesos de divorcios por los tres motivos señalados en el art. 106 del Código de Familia, en los cuatro Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel, lo que se desarrolló en (Cap. IV análisis e interpretación de resultados pagina 88 Infra).

Lo relacionado a si se realiza la escucha a los niños, niñas y adolescentes en los procesos de divorcio por los tres motivos, se identificó que en la práctica el Derecho de escucha de los niños, niñas y Adolescentes no se le da cumplimiento en la tramitación de divorcio por los tres motivos, porque cuando se trata del divorcio por la causal de

mutuo consentimiento de los cónyuges, solamente se homologó el acuerdo y se dicta la sentencia, sin que los niños, niñas y adolescentes tengan participación, lo anterior por haber constatado mediante los diferentes mecanismos de entrevista y verificación de expedientes que este se realiza se realiza en los motivos de separación de los cónyuges y por ser intolerable la vida en común, no así en la causal de mutuo consentimiento.

## **4.5 VERIFICACION DE HIPOTESIS**

### **4.5.1 HIPOTESIS PLANTEADA**

**“La participación de las niñas, niños y adolescentes en los procesos de divorcio de los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel, incide en el cumplimiento de sus demás Derechos derivados de la responsabilidad parental de sus progenitores”**

La participación de los niños, niñas y adolescentes es un Derecho de mucha importancia dentro de cualquier proceso administrativo o judicial que se realice tal y como se ha desarrollado en el marco teórico de esta investigación, en los temas: La intervención procesal del niño, niña y adolescente derecho al acceso a la justicia y en el tema la participación del niño, niña y adolescente en el proceso judicial (páginas 41 y 42).

Cuando el derecho de participación no se hace efectivo, en el tema específico investigado que son los procesos de divorcio, incide negativamente en el cumplimiento de otros derechos derivados de la responsabilidad parental de sus progenitores, lo que pudimos verificar mediante la investigación de campo realizada, en la que dejó documentada en el capítulo IV Análisis e interpretación de resultados de expedientes, específicamente en la Matriz de tema fundamental N.º 4 identificado como los niños, niñas y adolescentes fueron escuchados en el proceso.

En el instrumento desarrollado para entrevista de la psicóloga también se pudo constar esta información en la tabla y pregunta número cuatro donde expresan su opinión en relación a la manera que podría afectar al niño niña y adolescente no tomarlo en cuenta en un proceso de divorcio, las profesionales indicaban que podría afectar en el Derecho al cuidado, personal, así como también aquellos aspectos psicológicos, emocionales y conductuales.

No cumpliéndose con el derecho establecido en los artículos 94 de la LEPINA, 7 literal j de la Ley Procesal de Familia, artículo 12 de la Convención Sobre Los Derechos del Niño, ni con lo establecido en la Observación General número 12. Lo que incide negativamente en el cumplimiento de los Derechos de los niños, niñas y adolescentes.

## **4.6 LOGRO DE OBJETIVOS**

### **4.6.1 OBJETIVO GENERAL**

**“Identificar si en la práctica se da cumplimiento al Derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los procesos de divorcio en los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel”**

Durante la investigación de campo se logró cumplir con este objetivo, dado a que se realizó una revisión de una muestra de expedientes en los Juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Familia de la ciudad de San Miguel.

Mediante esta investigación se verificó que en los procesos de divorcios desarrollados en los Juzgados relacionados, respecto a la participación se realiza parcialmente, porque no se desarrolla en todos los procesos de divorcio y la generalidad es que cuando se trata del motivo de divorcio por mutuo consentimiento, no se le da participación al niño, niña y adolescente, porque el trámite tradicional que se realiza en que luego de presentada la solicitud, solamente se homologan los acuerdos de los solicitantes, se realiza la respectiva sentencia, sin que los niños, niñas y adolescentes tengan conocimiento de este proceso por parte de los juzgadores, vedándoles el Derecho a los niños, niñas y adolescentes cuando se trata de la causal en referencia.

### **4.6.2 OBJETIVO ESPECIFICO I**

**“Conocer cuál es el procedimiento que se utiliza en los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel para dar cumplimiento al Derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en los procesos de divorcio de sus progenitores”**

En la investigación de campo realizada en los expedientes de los juzgados Primero, Segundo, Tercero y Cuarto de Familia de la ciudad de San Miguel, se pudo cumplir con este objetivo, La escucha de los niños, niñas y adolescentes se realiza en una Audiencia

Especial de escucha, que se documenta en una acta por separado, documento en el que se hace constar la presencia de los comparecientes entre ellos el niño, niña y adolescente, el procurador adscrito, se le pregunta al niño, niña y adolescente sobre sus datos generales, el motivo por el cual se encuentra en ese lugar entre otras preguntas relacionada a los derechos derivados del proceso de divorcio, por ejemplo cómo se siente en el lugar donde se encuentra, como es la relación con sus responsables o cuidadores.

#### **4.6.3 OBJETIVO ESPECIFICO II**

**“Verificar si en los procesos de divorcio se les hace saber a los niños, niñas y adolescentes el resultado de las sentencias que se resolvieron a sus progenitores y las alternativas procesales habilitadas”**

El objetivo en referencia que se propuso en la investigación también fue cumplido y este se logró mediante la investigación de campo realizada, entre ellas la entrevista realizada a diferentes sectores siendo estos Jueces de Familia de la ciudad de San Miguel, colaboradores jurídicos, abogados de Centros de prácticas de universidades y abogados en el ejercicio libre

Finalmente fue verificado con la revisión de la muestra de expedientes de los cuatro juzgados estudiados, en los que se pudo identificar que en ni uno de los casos revisados existe documentado que a los niños, niñas y adolescentes se les haya notificado la sentencia resuelta a sus progenitores, circunstancia que comprueba que al no ser notificada la misma a los niños, niñas y adolescentes, como consecuencia en ningún caso se observó la interposición de medio de impugnación.

## **CAPÍTULO V: CONCLUSIONES /RECOMENDACIONES Y/ PROPUESTA.**

El Derecho de participación de las niñas, niños y adolescentes y su cumplimiento en la práctica judicial de los procesos de divorcio en los juzgados de familia del departamento de San Miguel, El Salvador, en los años 2019 al 2020.” Tema que se ha abordado el trabajo de Investigación, sobre el cual se presentan las siguientes conclusiones, recomendaciones y una propuesta.

## 5.1 CONCLUSIONES

-El Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de divorcio en los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel, en la práctica se realiza de forma limitada, dado que el mismo no es desarrollado cumpliendo con todas las expectativas que implica este Derecho y de acuerdo con lo desarrollado en el artículo 94 de la LEPINA y 12 de la Convención Sobre Los Derechos del Niño, ni con lo establecido en la Observación General número 12

Se concluye que el Derecho es limitado, porque el mismo no se hace efectivo cuando se trata de divorcio por el motivo de mutuo consentimiento, no se realiza la escucha y opinión de los niños, niñas y adolescentes, \*\*ese límite también implica que no se realizan los estudios psicosociales y económicos, circunstancia que no permite conocer la situación que enfrentan las familias, ni las condiciones en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes, estudios que permitirían verificar si los acuerdos alcanzados entre los cónyuges son congruentes con al interés superior del grupo etario en referencia.

-El procedimiento que se desarrolla en los procesos de divorcio, la escucha de los niños, niñas y adolescentes, respecto a situaciones de interés como cuidado personal, relación y trato, alimentos, no se realiza en todos los procesos de divorcio, se verificó que el Derecho de opinar y ser oído, se realiza cuando se trata de los motivos por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos y en los procesos por el motivo de ser intolerable la vida en común entre los cónyuges.

-Cuando se trata de procesos de divorcio, por el motivo de mutuo consentimiento de los cónyuges, la generalidad de los procesos, luego de presentado los acuerdos, solamente se realiza la homologación de los mismos, se desarrolla la Audiencia de Sentencia y se termina el caso, no se hace efectivo el Derecho de opinar y ser oído para los niños, niñas y adolescentes, lo que implica desconocimiento por parte del Juzgador de las condiciones en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes, ni lo que esperan luego de disuelto el vínculo de sus progenitores, quienes en el afán de terminar su relación podrían consentir acuerdos que no son los que mejor garantizan los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

-El Derecho de participación también implica que en los procesos judiciales que puedan afectar los Derechos de los niños, niñas y adolescentes entre los que se pueden citar lo referente al cuidado personal, relación y trato y alimentos, puedan conocer la resolución final. En los procesos de divorcios desarrollados en los Juzgados de Familia

de la ciudad de San Miguel, no se les hace saber a los niños, niñas y adolescente la resolución final resuelta a sus progenitores, ese desconocimiento, no permite hacer uso de algún medio de impugnación cuando lo resuelto ocasione un agravio a los Derechos derivados de la responsabilidad de sus progenitores.

## **5.2 RECOMENDACIONES**

Realizada la investigación documental y de campo sobre El Derecho de participación de las niñas, niños y adolescentes y su cumplimiento en la práctica judicial de los procesos de divorcio en los juzgados de familia del departamento de San Miguel, se realizan las siguientes recomendaciones.

-En aras de hacer efectivo el Derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos de divorcio, se recomienda a los operadores de justicia de los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel, mayor protagonismo, que permita dar cumplimiento a todos los parámetros desarrollados en el artículo 94 de la LEPINA, 12 de la Convención Sobre Los Derechos del Niño, y lo indicado en la Observación General número 12, en lo relacionado al Derecho de escucha.

-Realizar acciones de activismo judicial que permitan crear estrategias que se ajusten a las necesidades que requieren los nuevos retos como el que se ha enfrentado con la pandemia del COVID 19 y en lo referente a la tecnología, de forma que permitan desarrollar un mejor trabajo cuando no sea posible contar con la presencia de los niños, niñas y adolescentes y de esa forma se pueda hacer efectiva el Derecho de participación de los niños niñas y adolescentes.

-Desarrollar la Audiencia de Escucha de los niños, niñas y adolescentes en todos los procesos de divorcio, para evitar que cuando se realicen procesos de divorcio por el motivo de mutuo consentimiento de los cónyuges, también se haga efectivo el derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes y evitar de esa manera que en algunos casos puedan quedar en desventaja con relación a los derechos derivados de la disolución del vínculo matrimonial de sus progenitores.

-Desarrollar mecanismos que permitan notificación las resoluciones de los procesos de divorcio a los niños, niñas y adolescentes, a efecto de tener conocimiento de lo resuelto con sus progenitores, acción que se tiene que desarrollar tomando en cuenta que la misma no ocasione un menoscabo a los Derechos de los mismos, para evitar que la omisión de la notificación implique no hacer uso de los medios necesarios para

garantizar los derechos derivados del divorcio de sus progenitores.

-Finalmente se recomienda a los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel contar con un Protocolo de acción que les permita tener desarrollados lineamientos generales que indiquen pasos y mecanismos a seguir cuando tengan que contar con la participación de un niño, niña y adolescente, protocolo que serviría para orientar no solamente al juzgador, sino también a los colaboradores y miembros de los equipos multidisciplinarios, en relación al trato y mecanismo a seguir referente a la población en comento.

### **5.3 PROPUESTAS**

Se propone la utilización de contar con un protocolo de escucha en los procesos judiciales en los que se involucren niños, niñas o adolescentes. Este protocolo está diseñado siguiendo las directrices que señala la Observación General N°12 del Comité sobre los Derechos del Niño, aunado con la información que a la que tuvimos acceso, esto permitió que se pudieran observar y conocer las situaciones que debían ser incluidas el protocolo, el cual se encuentra adjunto en el anexo 6.

## REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Aguilar Cavallo, G. (2008). "El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos". *Estudios Constitucionales*, vol. 6, núm. 1. Santiago de Chile, Chile.

Amaya Zelaya, J. (1993). "Visión histórica con relación a los menores, Surgimiento de la jurisdicción tutelar, Orígenes del derecho de menores, Protección o control social, Aplicación de la norma jurídica." (tesis de grado). Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador.

Alegría Cruz, J. (1993). "Los Derechos Humanos de los niños en la Legislación Salvadoreña". (tesis de grado). Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador.

Alianza Internacional Save The Children. (2005). "Programación de los derechos del niño", Editorial DINA. Edición Segunda. Madrid, España.

Allianz International Save the Children. (2008). Programación de los derechos del niño "como aplicar un enfoque de derechos en la programación". Segunda Edición. Suecia.

Alvarado Solórzano y Arias Martínez. (2008). "La efectividad del sistema nacional de protección al menor, en la tutela de los derechos de la niñez víctima de explotación sexual comercial" (tesis de pregrado), Universidad de El Salvador. San Salvador, El Salvador.

American Academy of Child and Adolescent Psychiatry. (2015). "Los niños y el divorcio.", American Academy of Child and Adolescent Psychiatry.  
[https://www.aacap.org/AACAP/Families\\_and\\_Youth/Facts\\_for\\_Families/FFF-Spanish/Los-Ninos-y-el-Divorcio-001](https://www.aacap.org/AACAP/Families_and_Youth/Facts_for_Families/FFF-Spanish/Los-Ninos-y-el-Divorcio-001).

- Apfelbaum, L. (1994). Convención Internacional de los Derechos del Niño en Argentina. Centro de Asistencia a la Víctima del Delito. Revista de Victimología N° 11. Córdoba, Argentina.
- Baqueiro Rojas, E. (2008). "Derecho de Familia". Universidad Nacional Autónoma de México, Derecho de Familia Segunda Edición. D.F., México.
- Belmont N. (1973), «Levana ou comment "élever" les enfants», Annales ESC, n°1, pp. 77-89.
- Beloff, M. (2008). "Los Derechos del niño en el sistema interamericano." 1ª Ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina.
- Beloff, M. (2011). "*La protección de los niños y las políticas de la diferencia*". Lecciones y Ensayos, N° 89, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Bermejo, P. (2015). "El Proceso de Familia. Voces el Fénix". Recuperado el 03 de octubre de 2021 de <http://www.vocesenelfenix.com/content/el-proceso-defamilia>.
- Buaiz Valera, Y. 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.
- Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia. (2020). San Salvador, a las ocho horas del día catorce de enero del año dos mil veinte.03-AN-FM-240CF-COJ-2020-4.
- Campos García, S. (2009). "La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia" *Revista IIDH*. San José Costa Rica.

Conde, M. (2009). "El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes". *Revista IIDH*. Volumen 50.

Convención Internacional para la supresión de la Trata de Mujeres y Menores. (1921). Ginebra, Suiza. 30 de septiembre de 1921.

Comisión Coordinadora del sector Justicia. (2010). "Glosario de términos jurídicos de la LEPINA".

Ed. 2da.

Del Moral Ferrer, A. (2007). "El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana" *Revista Cuestiones Jurídicas*, Vol. I, N° 2 Julio-diciembre. Maracaibo, Venezuela.

García Higuera, J. (2006). "Datos y reflexiones sobre la pareja en la sociedad actual". Centro de psicología Clínica y psicoterapia.

<http://www.psicoterapeutas.com/pacientes/pjactual.pdf>.

García Méndez, Emilio (1994). *Derecho de la infancia-Adolescencia en América Latina: de la Situación Irregular a la Protección Integral*. Ediciones Fórum Pacis. Santa Fe de Bogotá. Colombia.

García Ramírez, S. (2006). "La jurisdicción interamericana de derechos humanos", D.F., México.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

González Contró, Mónica, Padrón Innamorato, Mauricio, Márquez Gómez, Daniel. (2012). *Propuesta teórico-metodológica para la armonización Legislativa desde el enfoque de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*. Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1ª. Edición. p. 31. En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3193>. Fecha de búsqueda: 28-02-21.

Gorvein, N. (2020). Matrimonio, familia y divorcio: Tres momentos del ciclo vital familiar. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas*, (101), 26-50. Recuperado a partir de <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4204>.

Guía de Santiago sobre protección de víctimas y testigos documento aprobado en la XVI Asamblea General ordinaria de la Asociación Ibero americana de Ministerios Públicos (AIAMP) – Julio. (2008).

Gutiérrez Ayesta V. (2000). El derecho de los niños a ser escuchados aplicados a los procesos en los tribunales de familia. Laje, M.I; Reartes, J. Libro de ponencias de Investigación social sobre la Infancia y Adolescencia.

Herrera, M. (2011). “Autonomía, Capacidad y Participación a la luz de la ley 26.061”, en García Méndez, E. (compilador) Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061, Buenos Aires, Editores del Puerto.

Highton, E. (2015). Los jóvenes o adolescentes en el código civil y comercial. [Versión electrónica] *La Ley* 2015, el 13 de abril de 2015. Consultado el 24/02/2021 de <http://www.nuevocodigocivil.com/los-jovenes-o-adolescentes-en-el-codigo-civil-y-comercial-por-elena-i-highton/>

Jiménez García, J. (2000). “Derechos de los Niños”. Ed. Primera. Universidad Nacional Autónoma de México. D.F., México.

Kemelmajer de Carlucci, A. (1994). El derecho constitucional del menor a ser oído. *Revista de derecho privado y comunitario* N°7.

La Ley Penal Juvenil, (1994). D.L. N° 863, del 27 de abril de 1994, publicado en el D.O. N° 106, Tomo 323.

Ludueña, L. (2002). Derecho del niño a ser oído. Intervención Procesal del

Menor. [Versión Electrónica] Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni Tomo 2 2002-2. Consultado el 27/02/2021 de <http://www.rubinzal.com.ar/libros/derecho-procesal-de-familia-ii/3045/>

Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, LEPINA (2010). Comisión Coordinadora del Sector de Justicia y la Unidad Técnica Ejecutiva. 27 de marzo de 2009.D. O. número 68, Tomo número 383 de 16 de abril de 2009.

Medina, G. (2012). Las grandes reformas al Derecho de Familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial. J.C. Rivera (1ª Ed), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*. (273 – 313). Buenos Aires Argentina: Alberedo Perrot.

Meléndez, F. (2007). “Los tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Centro América y República Dominicana”. Ed. Konrad, Adenauer Stiftung.

Mendizabal Osés, L. (1977). “Derecho de menores”. Madrid. Ediciones Pirámide.

Meza Barros, R. (1989). “Manual de Derecho de la Familia” Tomo I, Segunda Edición Actualizada, Editorial Jurídica de Chile.

Minyerski, N. y Herrera, M. (2008). Autonomía, capacidad y participación a la luz de la ley 26.061.

Mizrahi, M. (2008). La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.016. Emilio García Méndez (Ed.), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes – análisis de la Ley 26.061*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires – Argentina. Editorial: Editores del Puerto.

Monroy Cabra, M. (2009). “Derecho de familia y de menores”. Bogotá, Librería ediciones del Profesional Ltda. Duodécima Edición. Bogotá.

- Morcillo, S., Torres, G. (2015). Capacidad progresiva y los derechos procesales de niñas, niños y adolescentes. [Versión Electrónica] Revista Familia & Niñez nro. 70.
- Moreno, Luis. (1993). "Intercambio Social y Desarrollo del Bienestar". Consejo Superior de Investigaciones científicas. Madrid, España. Consejo Superior de Investigaciones Científicas.
- Navalón Vila, C., y Vicente Gimenez, M. T. (Coords.). (2014). La protección de la infancia y los derechos de los niños y de las niñas. Editum. Ediciones de la Universidad de Murcia.
- Observación General N.º 12 (2009). "El Derecho del niño a ser escuchado". Comité de los Derechos del Niño 51º período de sesiones Ginebra, Suiza.
- Pagés LI., R. (2015). El derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos. ¿Cómo deben ser oídos? [Versión Electrónica] *Revista Jurídica La Ley. Sup. Doctrina Judicial Procesal* 2015 (septiembre), 08/09/2015, 61. Cita online: AR/DOC/2189/2015.
- Paniagua López, M.<sup>a</sup> Sol; Lara, Silvia y Ortega del Val, María Luisa. (2014). "95 ANIVERSARIO DE SAVE THE CHILDREN". Madrid, España. Editorial Save the Children.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1983). "Tratado elemental de derecho Civil: teoría general de los contratos, contratos especiales" D.F., México. Editorial Cárdenas.
- Pérez Contreras, M. de M. (2015). "Derechos del Hombre y de la Mujer Divorciados" Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. D.F., México
- Paniagua López, M<sup>a</sup> Sol; Lara, Silvia y Ortega del Val, María Luisa. (2014).

Madrid. Editorial Save the Children.

RAMIREZ García, Luis. (1997). "Legislación De La Niñez en Centro América". En Justicia Para Todos. Primera Edición. Fundación Para La Aplicación del Derecho. San Salvador. p.198.

Ramírez Guardón, Guillermo Alberto. (2008) "La Sustracción Internacional de Menores como forma de Vulneración de los Derechos de la Niñez". Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. UES.

Rousseau, J. (1896). Du Contrat social [El contrato social] (en francés). París: Alcan. Consultado el 18 de mayo de 2012.

Torré A. (2003). "Introducción al estudio del derecho". (14ª Ed), Buenos Aires Argentina. p. 254.

UNICEF, (2014). "Situación de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia salvadoreña a diez años de la Convención sobre los Derechos del Niño". Ed. UNICEF.

Vangysegghem y Appelboom (2004). "Efectos del divorcio en los hijos". Psychological repercussions of parental divorce on child. Barcelona, España.

Zeledón M. (2016). "El derecho de los padres a divorciarse vs el derecho a ser escuchados de los hijos" *Enfoque jurídico*. Recuperado de <http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/4805>

# **ANEXOS**

## Anexo1. Guía de revisión de expedientes

<b>Fecha de Consulta</b>				
<b>Juzgado</b>	<b>Primero</b>	<b>Segundo</b>	<b>Tercero</b>	<b>Cuarto</b>
<b>Referencia</b>				
<b>Año</b>	<b>2019</b>		<b>2020</b>	
<b>Causal de Divorcio</b>	<b>Mutuo Consentimiento</b>	<b>Separación de los Conyugues</b>		<b>Vida Intolerable</b>
<b>Cantidad de los hijos</b>				
<b>Edad de los hijos</b>			<b>Consta en el expediente:</b>	
<b>informe del equipo multidisciplinario de entrevista con los NNA:</b>	<b>consta en el expediente:</b>			
<b>Se realizó la escucha:</b> <b>En qué momento procesal se realizó la escucha</b>		<b>Se hizo acompañar por abogado:</b>		<b>Representado por el procurador adscrito</b>
<b>Se hizo constar en algún documento la información vertida por el NNA:</b>				
<b>Detallar las condiciones en que se realizó la escucha; por ejemplo: si se tomó en cuenta la edad del NNA, si se le informó al NNA de qué se trataba el proceso, que podía opinar o no, las consecuencias o efectos que tiene su opinión, etc.)</b>				
<b>El Juez/a valoró la opinión o situación del NNA:</b>				
<b>Se le informó al NNA del resultado del proceso:</b>				

## Anexo 2. Matrices de entrevistas

Herramienta	Entrevistas					
Sujetos	Procuradores Adscritos	Abogados de los Centros de Prácticas Jurídica de las Universidades	Abogados en el libre ejercicio	Jueces de Familia	Juez de Niñez y Adolescencia	Análisis
Ítems						

Herramienta	Entrevistas	
Sujetos	Niños/Niñas	Adolescentes
Ítems		

Herramienta	Entrevistas	
Sujetos	Psicóloga 1	Psicóloga 2
Ítems		

### Anexo 3. Guía de entrevista a expertos



Fecha: \_\_\_\_\_

**Nombre:**

**Cargo:**

**Lugar donde labora:**

**Tema de Investigación: “EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y SU CUMPLIMIENTO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DE LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL DEPARTAMENTO DE SAN MIGUEL, EL SALVADOR, EN LOS AÑOS 2019 AL 2020.”**

**Objetivo: Identificar si en la práctica se da cumplimiento al Derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los procesos de divorcio en los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel.**

**Preguntas:**

- 1. Como parte del trabajo que usted realiza ¿toman en consideración la opinión de los niños, niñas y adolescentes cuando se presenta un caso de divorcio? (Si es así, mencione en qué procesos de divorcio)?**
- 2. ¿Considera que es necesario aplicar un protocolo de escucha y participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales como lo establece el art. 94 de la LEPINA?**
- 3. ¿En los casos que se escucha a los niños, niñas y adolescentes, la opinión es valorada por el Juzgador al momento de resolver, como se menciona en la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño?**

4. **¿En la práctica, la resolución de los procesos de divorcio de los progenitores, se les hace del conocimiento a los niños, niñas y adolescentes?**
5. **¿Existe o no alguna alternativa procesal para los niños, niñas y adolescentes ante la resolución que tome el Juzgador luego del divorcio de sus progenitores?**

## Anexo 4. Guía de entrevista al niño/niña/adolescente



Fecha: \_\_\_\_\_

**Niño/Niña/Adolescente**

**Edad:**

**Lugar:**

Tema de Investigación: **“EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y SU CUMPLIMIENTO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DE LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL DEPARTAMENTO DE SAN MIGUEL, EL SALVADOR, EN LOS AÑOS 2019 AL 2020.”**

**Objetivo:** Identificar si en la práctica se da cumplimiento al Derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los procesos de divorcio en los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel.

**Preguntas:**

1. **¿Cuántos años tiene?**
2. **En el proceso de divorcio de sus progenitores, ¿le preguntaron su opinión?**
3. **¿Escucharon de su opinión de forma presencial?**
4. **¿Le explicaron sobre el proceso y los efectos de su opinión?**
5. **¿Le hicieron saber el resultado del proceso?**

## Anexo 5. Guía de entrevista a Psicólogos/as



Fecha: \_\_\_\_\_

Nombre: \_\_\_\_\_

Cargo: \_\_\_\_\_

Institución en la que labora: \_\_\_\_\_

Tema de Investigación: **“EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y SU CUMPLIMIENTO EN LA PRÁCTICA JUDICIAL DE LOS PROCESOS DE DIVORCIO EN LOS JUZGADOS DE FAMILIA DEL DEPARTAMENTO DE SAN MIGUEL, EL SALVADOR, EN LOS AÑOS 2019 AL 2020.”**

**Objetivo:** Identificar si en la práctica se da cumplimiento al Derecho de los niños, niñas y adolescentes a participar en los procesos de divorcio en los Juzgados de Familia de la ciudad de San Miguel.

Preguntas:

1. ¿Considera que es necesario lleve a aplique un protocolo de escucha y participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales como lo establece el art. 94 de la LEPINA?
2. ¿Considera usted que los Jueces toman en cuenta la opinión de los niños, niñas o adolescentes al momento de resolver en el proceso de divorcio de sus padres?
3. ¿Considera importante hacerle saber al niño, niña o adolescente la resolución del proceso?
4. ¿De qué manera podría afectar al niño, niña o adolescente no tomarlo en cuenta en un proceso de judicial?
5. ¿Qué información se le debe proporcionar a los niños, niñas o adolescentes que opinan en el proceso de divorcio de sus padres y a qué edad debe hacerse?

**ANEXO 6. PROTOCOLO  
DE ESCUCHA Y  
PARTICIPACIÓN EN  
PROCESOS  
JUDICIALES DE NIÑOS,  
NIÑAS Y  
ADOLESCENTES**

# **PROTOCOLO DE ESCUCHA Y PARTICIPACIÓN EN PROCESOS JUDICIALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

PRESENTADO POR:

Licda. Alba Cristabel Argueta de Rivera

Licda. Evelyn Eloísa Bonilla Orellana

Licda. Gissel del Rosario Quintanilla Martínez

ASESOR:

MSC. Omar Exequiel Posada Portillo

EL SALVADOR, SAN MIGUEL, JULIO DE 2021.

## **INTRODUCCIÓN**

La Convención de los Derechos del Niño (1989), en su artículo 12, manda a garantizar que aquellos niños, niñas y adolescentes que se encuentren en circunstancia de formarse un juicio propio manifiesten su opinión de manera libre en aquellos asuntos

que le afecten, tomando en cuenta para ello sus opiniones, considerando su edad y madurez.

## **DEFINICIONES**

Se entiende por niño, niña o adolescente (NNA), desde la definición de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989), a “todo ser humano menor a los 18 años de edad”.

La niñez y adolescencia no son etapas de preparación para la vida adulta, sino formas de ser persona, tan válidas como cualquier otra, no son fases de la vida definida a partir de las ideas de dependencia o subordinación a los padres u otros adultos, sino de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica.

## **DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES**

Los derechos humanos son “garantías legales universales que protegen a los individuos y grupos frente a acciones u omisiones que puedan afectar sus libertades y su dignidad humana. Se basan en el respeto a la dignidad y al valor de cada persona como individuo y como miembro de una comunidad, de un grupo o de la sociedad en su conjunto”.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989), establece derechos que deben ser aplicados a todos los niños, niñas y adolescentes, sin excepción alguna. En este marco, se reconoce la relación entre el NNA, su familia, la comunidad y el Estado, de acuerdo con las responsabilidades, derechos y deberes que la Convención Internacional de Derechos del Niño establece para cada uno de dichos actores, en el ejercicio y goce de los derechos de los NNA.

## **SUJETOS DE DERECHOS**

Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, lo que significa que a partir de la Convención se les reconoce como portadores de derechos y no como "objetos" sobre los cuales los adultos ejercen derechos. Son sujetos con valor, dignidad y derechos propios. En este sentido, no se les define a partir de sus carencias o deficiencias, sino en base a sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad.

## **PRINCIPIOS PARA LA ACTUACIÓN**

### **INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO/A**

El interés superior del niño/a es uno de los principios rectores de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989).

Significa que, en cualquier acción que involucre a niños/as o adolescentes, su interés superior deberá ser la consideración primordial, lo que incluye todas las decisiones que

le afectan y que son tomadas por los garantes: la familia, la comunidad, instituciones de la sociedad y el Estado. Es una garantía que los NNA tienen derecho a, que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Este principio es, siempre, la satisfacción de sus derechos y nunca se puede aducir un interés del niño superior a la vigencia efectiva de sus derechos.

Las funciones de este principio son ayudar a que las interpretaciones jurídicas reconozcan el carácter integral de los derechos del niño/a o adolescente; obligar a que las políticas públicas den prioridad a los derechos de la niñez o adolescencia; permitir que los derechos de la niñez o adolescencia prevalezcan sobre otros intereses, sobre todo si entran en conflicto con estos; orientar a que tanto los padres como el Estado en general, en sus funciones que les son relativas, tengan como objeto "la protección y desarrollo de la autonomía del niño, niña o adolescente en el ejercicio de sus derechos".

## **CORRESPONSABILIDAD DE LOS GARANTES DE DERECHOS**

Desde un enfoque de derechos, el Estado, los garantes corresponsables y los garantes interrelacionales, tienen obligaciones para con el desarrollo y protección de los NNA. Esto implica tener una mirada colectiva de lo público y considerar la colaboración y complementariedad de roles y funciones entre los diversos actores, entendiendo que ninguno de ellos por sí solo es capaz de brindar una protección integral.

## **INCLUSIÓN**

Propone la transformación de las culturas, políticas y prácticas de todas las instituciones, abordando las características y particularidades de niños/as y adolescentes, procurando el aprendizaje, integración y la participación de todos/as. Se relaciona con el Principio de No Discriminación establecido en la CIDN.

## **INTEGRALIDAD**

La integralidad exige comprender, que "la satisfacción de los derechos de las niñas y los niños debe ser simultánea, porque sus derechos son interdependientes los unos de los otros, y de igual categoría e importancia para lograr un desarrollo adecuado y acorde a la etapa del ciclo vital".

La integralidad alude a la integración y articulación de diversas dimensiones, en una superposición progresiva de niveles. Un primer nivel referido a la complejidad que se reconoce a las situaciones que enfrentan los niños, niñas y adolescentes. Integralidad significa en este sentido, comprensión, medida e intervención atendiendo a todas las facetas del problema. Un segundo nivel referido a la participación, involucrando la acción coordinada del conjunto de actores vinculados al desarrollo, socialización,

crianza y protección infantil (familia, comunidad, establecimientos educacionales, entre otros actores). Un tercer nivel referido a considerar en las acciones a los mismos niños, niñas y adolescentes, reconociéndolos como sujetos capaces de interactuar e interlocutar con los actores adultos, desde su posición y con su visión y voz subjetiva. Cada uno de estos niveles tiene, en parte una dinámica propia. Sin embargo, parece imprescindible un avance conjunto de los tres ámbitos, como un desafío para el avance en la profundización del bienestar y protagonismo infantil, que integre los diversos ámbitos de desarrollo de los niños, niñas y adolescentes.

### **AUTONOMÍA PROGRESIVA**

La CIDN en su Art. 5°, señala que “los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

De lo anterior, se desprende que los niños, niñas y adolescentes, tendrán progresivamente la facultad de ejercer sus derechos de acuerdo con la evolución de sus facultades, edad y madurez, y en base al acompañamiento y guía que realicen sus padres o tutores, confiriéndoles progresivamente un mayor protagonismo en la definición de su identidad y una mayor incidencia en las decisiones sobre los asuntos que les conciernen.

### **PARTICIPACIÓN**

La participación implica que los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a expresarse libremente sobre cuestiones que afectan su vida social, económica, religiosa, cultural y política. Dicho derecho abarca el derecho a ser oído, el derecho a la información y derecho a la libertad de asociación.

En función del derecho a la escucha, los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a tomar decisiones sobre los asuntos que directa o indirectamente les afectan. Debe partirse de la presunción de que los niños, niñas y adolescentes están en condiciones de formarse dicho juicio y no procede establecer límites mínimos de edad, sino que ha de determinarse caso por caso.

Para la primera infancia, ha de contemplarse como una opción adecuada a estos efectos el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial, y el dibujo y la pintura, mediante las cuales desde edades muy cortas demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En la

participación de los niños, niñas y adolescentes ha de haber un intercambio de información, es decir, la conversación ha de ser bidireccional, para obtener la opinión real de lo que los niños, niñas y adolescentes quiere expresar y evitar caer en suposiciones y/o ideas preconcebidas.

La participación de los niños, niñas y adolescentes permite un adecuado desarrollo y autonomía. Se trata de que tengan la capacidad de poder manifestar sus opiniones, potenciar sus capacidades, generar confianza y favorecer su participación en condiciones de pleno derecho. Es necesario que sus opiniones sean tomadas en cuenta, y que esta participación se configure como una herramienta de autoprotección, permitiendo desarrollar mecanismos de resiliencia en los niños, niñas y adolescentes.

En su proceso de crecimiento, aquellos que disfrutan de estos Derechos, aprenden a ejercer el resto ellos. La participación de niños, niñas y adolescentes siempre debe ser inclusiva, lo cual significa que:

- Las posibilidades de participación están adaptadas a las necesidades y proceso evolutivo de los niños, niñas y adolescentes.
- Se da una representatividad equilibrada en las actividades.
- Esto implica la diversidad de experiencias y pertenencias socioculturales, diferentes edades, género y capacidades.
- Se promueve la diversidad de opiniones, prestando la máxima atención a los grupos excluidos.

### **ÁMBITO DE APLICACIÓN**

El presente protocolo se aplicará a todos los niños, niñas y adolescentes atendidos en el ámbito judicial de la ciudad de San Miguel, El Salvador, desde el momento que entran en contacto con el mismo y a lo largo de todo su proceso, así como a todos los profesionales y entidades colaboradoras que presten sus servicios en este ámbito de actuación.

Del mismo modo, se aplicará a padres, madre, tutores y responsables, además de otros familiares o personas adultas significativas relacionadas con los niños, niñas y adolescentes, en tanto que ejerzan de portavoces y estén en condiciones de aportar información sobre la opinión de los niños, niñas y adolescentes a quien representen.

### **OBJETIVOS**

#### **OBJETIVO GENERAL:**

Garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados y escuchadas y a participar activamente en los procesos de divorcio y demás procesos que les afectan, en la ciudad de San Miguel, El Salvador, y lograr que la escucha y la

participación de los niños, niñas y adolescentes sean un objetivo común de todas las entidades y profesionales que intervienen en el sistema judicial.

#### **Objetivos específicos:**

- ✓ *Promover la escucha y la participación de los niños, niñas y adolescentes como un elemento central y transversal de la acción protectora.*
- ✓ *Garantizar que la opinión de los niños, niñas y adolescentes se tenga en consideración en la toma de decisiones estableciendo los cauces necesarios.*
- ✓ *Conocer de forma directa las opiniones de los niños, niñas y adolescentes.*
- ✓ *Apoyar a los niños, niñas y adolescentes en la reflexión sobre su proceso.*
- ✓ *Establecer métodos e instrumentos sistematizados para recoger las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, adecuados a su edad y características personales y favorecer su participación.*
- ✓ *Favorecer que los Juzgados tengan herramientas adecuadas para formarse la certeza positiva de lo que los niños, niñas y adolescentes opinan.*

## **LA ESCUCHA Y PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DE PROTECCIÓN**

### **CUANDO**

Al comienzo de la intervención con los niños, niñas y adolescentes, (en el momento en que se considere más adecuado) se le informará de sus derechos y especialmente de la posibilidad de participar dando su opinión, y de que la misma se tendrá en cuenta. Si tras la valoración profesional se decide algo diferente, se justificará la decisión tomada.

En todos estos casos, a los niños, niñas y adolescentes se les dará la opción de plasmar su opinión por escrito directamente, o a través de un representante o profesional adecuado. Se valorará por el equipo la misma, teniendo en cuenta dicha opinión siempre que redunde en su interés superior.

El Comité plantea del derecho del niño a ser escuchado se concreta en una serie de notas caracterizadoras, que pueden extraerse de la referida Observación General, y que, en lo que interesa a los efectos de este estudio, cabe sintetizar del siguiente modo:

- El derecho a ser escuchado es renunciable. «Para el niño, expresar sus opiniones es

una opción no una obligación» [OG 12, Pág. 16 y 134.b)].

- Ha de ser escuchado todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Ahora bien, debe partirse de la presunción de que el niño está en condiciones de formarse dicho juicio y no procede establecer límites mínimos de edad, sino que ha de determinarse caso por caso. Para la primera infancia, ha de contemplarse como una opción adecuada a estos efectos el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. La Convención, lo determinante será el grado de madurez del niño, definido como «la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre cuestiones de forma razonable e independiente» (OG 12, Pág. 20, 21 y 52).
- La evolución de la capacidad de formarse un juicio propio no precisa que el niño tenga un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del problema planteado, sino que basta con que disponga de una comprensión suficiente del mismo (OG 12, Pág. 21).
- Los Estados parte también tienen la obligación de garantizar la observancia de este derecho para los niños que experimenten dificultades para hacer oír su opinión. Los niños con discapacidad deben tener a su disposición y poder utilizar los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. También debe hacerse un esfuerzo por hacer viable. La escucha y el interés superior del menor es el derecho a la expresión de opiniones para los niños pertenecientes a minorías, migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario (OG 12, Pág. 21).
- El derecho del niño a ser escuchado presupone ausencia de presiones; es decir, debe ejercerse con libertad. Tal libertad ha de conceder al niño la iniciativa para «destacar y abordar las cuestiones que ellos mismos consideren pertinentes e importantes» [OG 12, Pág. 22 y 134.].
- Las modalidades de escucha deben atender al principio de prudencia en cuanto a su número, para prevenir la victimización por reiteraciones innecesarias. No obstante, el Comité entiende que dicha escucha debe ser entendida como «un proceso y no como un acontecimiento singular y aislado». Ello implica que quienes deben conducir los procedimientos hayan de valorar la necesidad y oportunidad de los actos de escucha, sin que esto permita suprimir este deber (OG 12, Pág. 24 y 133).
- El NNA, debe recibir información sobre cuál es el objetivo de la escucha, las cuestiones que van a ser abordadas y las consecuencias de las decisiones que puedan adoptarse. El Comité reclama que el proceso resulte «transparente e informativo» [OG 12, Pág. 25

y 134.a)].

- El entorno en el que se desarrolle la escucha ha de ser amigable. En palabras de la Observación General 12: «no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad», lo que implica cambios no solo en los espacios y elementos físicos, sino también en la actitud de los actores del proceso (Pág. 34).

- La seguridad para el niño y una correcta evaluación del riesgo que para él pueda tener el hecho de expresar su opinión ha de ser una prioridad de todo proceso de escucha. Ello implica, en el contexto de este estudio, la conveniencia de establecer estrategias de protección de los niños que reconozcan los riesgos particulares que puedan existir, por motivos familiares, de grupo o sociales [OG 12, Pág. 134.h)].

### **SOBRE QUÉ SE INFORMARÁ**

En la primera entrevista de presentación se informará a los niños, niñas y adolescentes del proceso de diagnóstico y valoración (en qué consiste, medidas, opciones...).

Para la elaboración de una ficha se solicitará a los niños, niñas y adolescentes si consideran que existe algún profesional, familiar o persona significativa que pueda tener información relevante.

En las siguientes entrevistas de exploración y estudios, se tomará en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes tanto si es de forma espontánea, es decir, sin necesidad de haber preguntado directamente, o recogida a través de los cauces de participación expuestos, y se tendrá en cuenta en la elaboración de las diferentes propuestas.

En el Informe diagnóstico, en el apartado “opinión de los niños, niñas y adolescentes” se recogerá su opinión y qué procedimiento se ha seguido (si existen comparecencias, si se ha extraído de las conversaciones mantenidas con él o a través de algún representante elegido por él). En el caso de que esté residiendo en un centro de protección o en una familia de acogida se tomará en consideración la información transmitida por sus cuidadores principales, teniendo en cuenta que los niños, niñas y adolescentes deben conocer que esta información, así como la recabada en fases anteriores del proceso, será transmitida al equipo multidisciplinario y utilizada en el diagnóstico de su situación y de la medida de protección a proponer. Deberá quedar reflejado si la decisión y propuestas formuladas son acordes con la opinión de los niños, niñas y adolescentes, o en qué medida se ha incluido, o en su caso, justificar porqué se ha decidido otros acuerdos.

Se informará a los niños, niñas y adolescentes de las posibles propuestas. Con anterioridad a la presentación formal de las mismas, se les expondrán y posibilitará que expongan su opinión, la cual será valorada y plasmada en un documento. Dicha opinión será tenida en cuenta e incluso podrá modificar las decisiones que previamente hayan sido previstas para los procesos de divorcio siempre tomando en cuenta el interés superior del niño, niñas y adolescente. (Dependiendo de la decisión y de la información recabada durante el estudio, el equipo valorará si es necesario o adecuado comunicarle las decisiones a tomar previamente a su puesta en marcha).

## **RECEPCIÓN DE CASOS Y ATENCIÓN CONTINUADA**

Tras informar a los niños, niñas y adolescentes de sus derechos y comprobar que los han entendido, se tendrá en cuenta su apreciación acerca de la gravedad y urgencia de la desprotección; para ello será necesario recoger su opinión sobre la situación familiar y necesidades propias, su valoración de las posibles causas y necesidades, así como propuestas de resolución. Se adaptará el modo de recoger esta participación a su edad, capacidades cognitivas, aptitud y actitud, así como al nivel de comunicación de los niños, niñas y adolescentes en el caso de que sean extranjeros o con diversidad funcional. Cuando sea posible, tras la valoración inicial junto con los niños, niñas y adolescentes, se planificará la intervención prevista recogiendo sus propuestas, sugerencias y posibles quejas.

Será preciso tener en cuenta lo aportado por los niños, niñas y adolescentes sobre quién es para ellos su familia, así como la importancia que otorgan a sus miembros u otras personas significativas con las que exista vinculación. Pueden aportar ideas a la hora de organizar o diseñar el tipo de relación con cada uno de ellos: donde, cómo, juntos, separados...pudiendo establecer diferencias según las diferentes figuras.

Si se ha tenido contacto con los niños, niñas y adolescentes desde el momento de recepción del caso, en el momento de plantear las diligencias previas o su derivación a un proceso o institución, se les informará previamente, se recogerán su opinión y posibles propuestas, dejando constancia por escrito.

Cualquier decisión tomada fuera del proceso normal del caso (por ejemplo, por internamiento en un centro sin haber terminado el diagnóstico...), conllevará la información a los niños, niñas y adolescentes de los motivos, recogándose su opinión a la mayor brevedad posible en coordinación con el centro/familia donde haya sido ingresado. (Dependiendo de la medida y de la información recabada, el equipo valorará

si es necesario o adecuado comunicarle las medidas a tomar previamente a su puesta en marcha).

## **DIAGNÓSTICO Y VALORACIÓN**

En la primera entrevista de presentación se informará a los niños, niñas y adolescentes del proceso de diagnóstico y valoración (en qué consiste, medidas, opciones...).

Para la elaboración de una ficha se solicitará a los niños, niñas y adolescentes si consideran que existe algún profesional, familiar o persona significativa que pueda tener información relevante.

En las siguientes entrevistas de exploración y estudios, se tomará en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes tanto si es de forma espontánea, es decir, sin necesidad de haber preguntado directamente, o recogida a través de los cauces de participación expuestos, y se tendrá en cuenta en la elaboración de las diferentes propuestas.

En el Informe diagnóstico, en el apartado “opinión de los niños, niñas y adolescentes” se recogerá su opinión y qué procedimiento se ha seguido (si existen comparecencias, si se ha extraído de las conversaciones mantenidas con él o a través de algún representante elegido por él). En el caso de que esté residiendo en un centro de protección o en una familia de acogida se tomará en consideración la información transmitida por sus cuidadores principales, teniendo en cuenta que los niños, niñas y adolescentes deben conocer que esta información, así como la recabada en fases anteriores del proceso, será transmitida al equipo multidisciplinario y utilizada en el diagnóstico de su situación y de la medida de protección a proponer. Deberá quedar reflejado si la decisión y propuestas formuladas son acordes con la opinión de los niños, niñas y adolescentes, o en qué medida se ha incluido, o en su caso, justificar porqué se ha decidido otros acuerdos.

Se informará a los niños, niñas y adolescentes de las posibles propuestas. Con anterioridad a la presentación formal de las mismas, se les expondrán y posibilitará que expongan su opinión, la cual será valorada y plasmada en un documento. Dicha opinión será tenida en cuenta e incluso podrá modificar las decisiones que previamente hayan sido previstas para los procesos de divorcio siempre tomando en cuenta el interés superior del niño, niñas y adolescente. (Dependiendo de la decisión y de la información recabada durante el estudio, el equipo valorará si es necesario o adecuado comunicarle las decisiones a tomar previamente a su puesta en marcha).

## **PROGRAMAS DE INTERVENCIÓN**

Uno de los principios rectores de este Protocolo es el Principio ejercicio progresivo de las facultades de niños, niñas y adolescentes. La CDN, en su artículo 5, reconoce el principio de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos, apareciendo los niños en esa disposición como titulares de derechos, con la facultad de ejercerlos por sí mismos, sin que se determine una facultad de los padres u otros adultos de representar a los niños en el ejercicio de derechos fundamentales imponiendo tácitamente a los adultos, la facultad, el derecho y el deber, de impartir al niño dirección y orientación adecuadas para que el niño ejerza sus derechos. Finalmente, la forma que adoptará esa tarea de dirección y orientación irá variando conforme evolucionen las facultades del niño.

Debido a las características preventivas de este protocolo se dispone de diferentes mecanismos que garantizan los procesos de participación en sus diferentes niveles de acción. En entrevista inicial se deberá recoger la opinión de los niños, niñas y adolescentes, la cual quedará reflejada por escrito en el documento hecho para tal fin. Para ello se les explicará qué profesionales van a intervenir y en la forma en que van a hacerlo, cuál va a ser su función y los objetivos planteados. Los niños, niñas y adolescentes podrán tanto plantear nuevos objetivos como proponer suprimirlos o modificarlos. A lo largo de toda la intervención se escuchará y se tendrá en cuenta la opinión de los niños, niñas y adolescentes en todos aquellos asuntos que les afecten.

A la hora de plantear el cese de este Protocolo de intervención se escuchará a los niños, niñas y adolescentes respecto a la intervención que se ha llevado a cabo y la finalización de esta. Se valorará de forma conjunta el grado de consecución de los objetivos. Para todo ello, es necesario integrar en los instrumentos de trabajo la ficha de recogida de opinión, la cual estará a su disposición para poder expresar sus opiniones y sugerencias.

## **CÓMO**

### **PREPARANDO EL ENTORNO**

Bajo la rúbrica «medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado», el Comité señala en la Observación General 12 una sucesión de fases necesarias para que dicho derecho sea adecuadamente atendido.

## **Preparación.**

Resulta fundamental que el niño esté informado sobre su derecho a expresar su opinión, sobre las modalidades en las que puede hacerlo (directamente, por medio de representante o de un órgano apropiado) y sobre las consecuencias que ello implica, así como sobre la forma, el tiempo y el lugar en que se desarrollará la escucha (OG 12, Pág. 41).

Los expertos consultados por esta Institución pusieron de relieve las dificultades para averiguar la información que ya tiene el NNA, sobre el procedimiento judicial que le afecta, sea de protección o de familia. En muchas ocasiones esta información o no se le ha facilitado o bien se le ha ofrecido de manera sesgada en circunstancias del conflicto familiar de que se trate.

El Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, y promovido por el Consejo de Europa. Este instrumento, que contiene varios preceptos bajo la rúbrica «derechos procesales del niño», ofrece en el artículo 5 un elenco de derechos, sobre los que los Estados deben examinar la oportunidad de su implantación, dirigidos tanto a asegurar la capacidad del menor de ser escuchado como a que su opinión pueda ser realmente tenida en cuenta:

- a) El derecho a solicitar la asistencia de una persona apropiada de su elección con el fin de que les ayude a expresar su opinión.
- b) El derecho a solicitar por sí mismos o a través de otras personas u organismos la designación de un representante distinto y, en los casos oportunos, de un abogado.
- c) El derecho a nombrar su propio representante.
- d) El derecho a ejercitar en todo o en parte los derechos de las partes en dichos procedimientos.

Es necesario crear las **condiciones que garanticen la confidencialidad**, realizando la entrevista en un lugar en el que sienta seguridad.

- ✓ *Evitar elementos distractores e interrupciones. Los ni tienen que sentir la seguridad de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que hayan decidido comunicar. También es importante que no haya interrupciones durante la recogida de esta información, con el fin de dejar clara la importancia de esta opinión, evitando la percepción de que el entrevistador tiene cosas más importantes que hacer.*

- ✓ *Siempre que sea posible y los niños, niñas y adolescentes presten su consentimiento para ello, la entrevista se debe celebrar sin la presencia de progenitores o adultos que puedan tener algún conflicto de intereses respecto del divorcio de sus progenitores.*
- ✓ *Evitar que haya presiones de cualquier tipo para que pueda ejercer su derecho con libertad. Crear un entorno amigable.*
- ✓ *Debe registrarse cuidadosamente y de manera fiable la opinión de los niños, niñas y adolescentes. Evitar preguntas o actitudes sugestivas.*
- ✓ *Reducir al mínimo el número de profesionales con los que tiene que relacionarse.*
  
- ✓ *Los juguetes pueden crear un ambiente amistoso, pero también pueden ser un elemento de distracción. Valorar según edad y características de los niños y las niñas.*
- ✓ *Si la entrevista tiene que realizarse en el hogar, debe seleccionarse un lugar privado de la casa que esté alejado de los progenitores o hermanos y que parezca ser el lugar más neutral, con el consentimiento de niños, niñas y adolescentes, o el lugar que él mismo prefiera para poder hablar con el profesional.*

## **PRESENTACIÓN**

- ✓ *Presentarse a los niños, niñas y adolescentes, si no se les conoce, indicando su nombre y profesión.*
- ✓ *Explicar el cometido y funcionamiento del proceso de divorcio, si es necesario, así como el motivo por el que está ahí.*
- ✓ *Los niños, niñas y adolescentes han de recibir información y explicación acerca de sus derechos, además de hacerles saber que no es una obligación opinar.*
- ✓ *Explicar el porqué de la entrevista, quien va a saber su opinión y qué oportunidades de expresar la misma puede haber. En este momento es muy importante aclarar sus expectativas, explicándoles el papel del entrevistador, así como hablar sobre la confidencialidad, es decir a quién se le facilitará esta información.*

- ✓ *Se debe prever el tiempo suficiente para lograr comunicar, informar y explicar, al nivel de entendimiento de cada niño, niña y adolescente, todas las implicaciones, beneficios y resultado de la recogida de su opinión en el proceso de divorcio de sus padres.*
- ✓ *Para hacerse un juicio, los niños, niñas y adolescentes deben disponer de información y de comprensión suficiente*
- ✓ *Permitir que exploren la habitación y el material que haya (juegos, cuentos, pinturas...). Si hay material de grabación hay que explicar por qué y pedir consentimiento.*
- ✓ *Responder a las preguntas espontáneas que hagan.*

### **Evaluación de la capacidad del niño.**

El juicio de madurez no es una apreciación propiamente jurídica, por lo que el juzgador requerirá en muchos casos a estos efectos de apoyo técnico. Los equipos psicosociales deberán también aplicar y respetar el enfoque de la Convención y el Comité y los elementos caracterizadores del derecho del niño a ser escuchado, en especial la presunción de existencia de capacidad de formarse un juicio propio. El Comité recuerda que «cuanto mayor sean los efectos del resultado en la vida del niño, más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño» (OG 12, Pág. 30).

Por otra parte, el Comité afirma de manera categórica que «si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión» (OG 12, Pág. 44).

- ✓ Comprensión y nivel de madurez (valorar si existe información previa)
- ✓ *Competencia verbal (verdad-mentira)*
- Pedir a los niños, niñas y adolescentes que etiqueten comentarios como verdad o mentira.
  - ✓ *Lograr un acuerdo verbal para que diga la verdad.*
  - ✓ *Relato de una historia neutra y valorar comprensión y posibles preguntas.*
  - ✓ *Mientras se construye el rapport con NNA. se pueden tomar notas sobre su desarrollo lingüístico y sus niveles de razonamiento y conocimiento. Se*

*debe analizar tanto su capacidad verbal como el tipo de lenguaje con el que se siente más familiarizado. Una técnica que puede ayudar consiste en pedirles que narren de forma espontánea una historia y también algún cuento popular que conozcan. La comparación de ambas historias puede ayudar a distinguir las expresiones espontáneas de la repetición de información.*

## **ESCUCHA MEDIANTE POR ELECTRÓNICOS**

En la sociedad actual, los medios de comunicación han avanzado aceleradamente, y se encuentran en la mayoría de los hogares, lo que permite el uso de una cantidad de medios electrónicos, lo que permite la viabilidad de utilizar los mismos en diferentes actividades y procesos.

Los procesos judiciales se justifican en la medida que sirvan de medios para sustituir la justicia "de propia mano" con resguardo de los derechos y garantías fundamentales en tanto que áreas de libertad que deben ser respetadas por terceros y por el Estado y, al mismo tiempo, optimizadas por éste.

Una forma de mejorar los procesos es valiéndose de los avances que la humanidad pone al servicio de sí misma. En este sentido destacan las tecnologías de información y comunicación (en lo sucesivo, TIC) que han definido una nueva era en la evolución de la humanidad, dejando atrás a la edad industrial para pasar a la edad de la información.

Ya que los medios tecnológicos tienen como objetivo aportar información de forma más rápida, teniendo en cuenta que no en todos los casos los niños, niñas y adolescentes pueden asistir a las audiencias con sus progenitores o responsables. En muchos casos, los niños, niñas y adolescentes se encuentran fuera del país o sufren de alguna discapacidad que le impide trasladarse a los Juzgados, por ello ha sido importante la escucha de estos por medios electrónicos.

### **ESTABLECER LAS REGLAS BASE**

- ✓ *Explicar al profesional qué debe corregir al momento de redactar la entrevista.*
- ✓ *Ofrecer la posibilidad de el niño o la niña que elijan un representante para expresarse. En todo caso, debería comprobarse que no existe conflicto de intereses y que la persona designada puede transmitir la opinión de los*

*niños, niñas y adolescentes fielmente.*

## **ESTABLECER RAPPORT**

Ayuda mucho mostrarse paciente, agradable, ser percibido como apoyo, ser capaces de empatizar con sus estados emocionales, comprender sus preocupaciones y por supuesto, transmitirles calma y serenidad. Establecer una relación cálida y de confianza puede facilitar la revelación de un intento de aleccionamiento, especialmente importante en los casos de los niños, niñas y adolescentes que podrían haber sido maltratados en la vida familiar.

- ✓ *El contacto visual y la cercanía física son herramientas muy útiles para conectar emocionalmente. Aproximadamente hasta los 12 años, los niños, niñas y adolescentes viven en un mundo muy diferente al de los adultos, tanto desde el punto de vista sensorial como perceptual, por lo que agacharse para hablar con ellos y escucharlos implica acortar esa distancia y establecer una relación afectiva más fuerte. Aplicar la escucha activa significa oírlos atentamente, colocándose a la altura de sus ojos, para poder establecer contacto visual.*
- ✓ *Mostrar interés por sus gustos y aficiones. Dónde vive, con quién...*
- ✓ *Preguntar por la composición de la familia, sus nombres, amigos relevantes, otros cuidadores...hábitos, hechos importantes.*
- ✓ *Pedir que cuente un hecho reciente e importante para él o ella o pedir que describa un hecho repetitivo, por ejemplo, su juego preferido. Evitar hacer preguntas complejas, siendo preferible que las preguntas sean frases cortas y sencillas. Las respuestas se deben interpretar teniendo en cuenta el nivel de desarrollo cognitivo. Los términos usados deben ser concretos y visuales.*
- ✓ *Reforzar que haya relato mostrándole interés por el mismo tanto de manera verbal (por ejemplo, con expresiones como ¿de verdad?), como no verbales.*

## **INTRODUCIR LA INFORMACIÓN QUE EXISTA**

Introducir el tema comenzando por los estímulos menos sugestivos

- ✓ *De lo que ha sucedido en el pasado tanto para él como de otros miembros*

*de la familia con los que convive.*

- ✓ *De lo que sucede en el presente y previsión respecto al futuro próximo.*
- ✓ *De sus derechos y de lo que las leyes le protegen.*
- ✓ *De sus deberes y responsabilidad de acuerdo con su edad y madurez.*

### **Audiencia.**

Esta debe ser realizada en el marco de lo que el Comité denomina un «contexto propicio y que inspire confianza». Existe una clara preferencia por la confidencialidad del acto y se apunta a la posibilidad de que esta audiencia adopte la forma de una conversación más que de un escrutinio (OG 12, Pág. 42 y 43). Solo hay referencias genéricas a que el niño sea oído en condiciones idóneas para la salvaguardia de sus intereses, sin interferencias de otras personas o a la necesidad de que estas actuaciones se desarrollen en un entorno adecuado.

Respecto a los niños niñas y adolescentes que figuran en los procesos de Divorcio es importante mencionar que no obstante ser un proceso que involucra a sus progenitores, también es necesario que a los mismos sean escuchados en relación a Derechos que derivaran de este proceso entre ellos cuidado personal, régimen de relación y trato y alimentos, aspectos necesarios de los que rigurosamente se les tiene oír y escuchar su opinión.

Los aspectos relacionados a estos Derechos derivados del divorcio, al momento de oír y escuchar la opinión de los NNA, el juzgador debe valorar de acuerdo al caso específico y la madurez del NNA, circunstancia para la cual se debe de auxiliar del equipo multidisciplinario que le permita por una parte de acuerdo al requerimiento del caso y las circunstancias del NNA, apoyo al momento de escuchar su opinión y la otra circunstancia sería la verificación por medio de los estudios psicosociales y económicos verificar la información obtenida mediante la escucha, elementos que permitirían al juzgador tener una certeza positiva de que la decisión que toma está fundamentada en información objetiva.

### **CIERRE**

- ✓ *Volver a temas neutrales para lograr un alivio emocional. Al finalizar la entrevista se debe procurar que exista un período de transición, de*

*conversación general o juego que permita manejar los sentimientos generados.*

- ✓ *Darle las gracias por participar*

*Facilitar nuevos contactos si los niños, niñas y adolescentes los demandan*

### **Comunicación de los resultados al NNA.**

Una vez finalizada la escucha de la opinión que voluntariamente aportan los niños, dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta, el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones. La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia.

En el cual el acto de escucha no tiene una dimensión pasiva ni se agota en sí mismo, sino que el encargado de adoptar la decisión en cuestión debe comunicar al niño el resultado del proceso. Esto pone de manifiesto, una vez más, que se piensa en el niño como en un actor del proceso y que, por tanto, ha de tener derecho a reaccionar frente a la decisión adoptada: «La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia» [OG 12, Pág. 45 y 134.i)].

Como consecuencia de lo anterior, el ordenamiento debe prever vías específicas de recurso cuando el niño considere que su derecho a ser escuchado y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones no haya sido satisfecho (OG 12, Pág. 46 y 54).

### **QUEJAS, VÍAS DE RECURSO Y DESAGRAVIO**

Es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños y las niñas procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea pasado por alto y violado. Los niños y las niñas deben tener la posibilidad de dirigirse a un defensor o una persona con funciones comparables en todas las instituciones dedicadas a los niños, como las escuelas y las guarderías, para expresar sus quejas. Los niños y las niñas deben saber quiénes son esas personas y cómo pueden acceder a ellas.

En el caso de los conflictos familiares sobre la consideración de las opiniones de los niños y las niñas, debe tener la posibilidad de recurrir a una persona de los servicios de juventud de la comunidad. Si el derecho de los niños y las niñas a ser escuchado se vulnera en relación con procedimientos judiciales y administrativos (art. 12, párr. 2), los niños y las niñas deben tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos. Los procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo.

De forma genérica en todos los informes que emita el equipo multidisciplinario, debe constar la opinión de los niños, niñas y adolescentes, así como una fundamentación sobre el grado de coincidencia con la decisión que se adopte o con la propuesta que se realiza.

## **BIBLIOGRAFÍA**

Asamblea General de las Naciones Unidas (1989). Convención de los derechos del niño.

Asociación Defensa de Niñas y Niños Internacional-España y Grupo de Sociología de la Infancia y Adolescencia (GSIA) (2017). Informes temáticos al comité de derechos del niño 2017.

Convención sobre los derechos del niño. Save the Children y Defensor del Pueblo. 2014  
Convención sobre los derechos del niño. Versión adaptada para niños y niñas de 6 a 8 años. Save the Children y Defensor del Pueblo. 2014

Convención sobre los derechos del niño. Versión adaptada para niños y niñas de 9 a 11 años. Save the Children y Defensor del Pueblo. 2014

Convención sobre los derechos del niño. Versión adaptada para niños y niñas de 12 a 14 años. Save the Children y Defensor del Pueblo. 2014

Comité de los Derechos del Niño (2002). Observación general nº 2 en la que los Estados parte reafirmaron su compromiso respecto al art. 12, Naciones Unidas, (1959).

Comité de los Derechos del Niño (2009). Observación General núm. 12. El derecho del niño a ser escuchado.

Comité de los Derechos del Niño (2013). Observación núm.14 sobre el derecho del niño que su interés superior sea una consideración primordial.

Comité de los Derechos del Niño (2016). V y VI informe de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño de NNUU y sus protocolos facultativos.

Estudio sobre “La escucha y el interés superior del menor”. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia. Defensor del Pueblo. Madrid, mayo 2014.

Gómez Gascón, Oliver Royo, & Lamana Peña, (2018). Estudio sobre el derecho de participación y opinión de los niños, niñas y adolescentes en el Servicio de Atención a la Infancia y Adolescencia, y su garantía por parte de los profesionales.

Guía de actuación profesional para los servicios de protección de menores de Aragón. Instituto Aragonés de Servicios Sociales. 2006.

Instrumento para la evaluación y determinación del interés superior del menor en la declaración de situación de desamparo. Julieta moreno-Torres Sánchez. Servicio de Protección de Menores de Málaga de la Junta de Andalucía. Save the Children.

Modelo de Asentimiento Informado para niños entre cinco y siete años de edad en procesos de evaluación psicológica forense. Dorfi Blanco Barrera, Juliana Meza Giraldo

y Daniela Osorio Ocampo. Universidad Santo Tomás. Bogotá 2017

Naciones Unidas (1959). Declaración de los Derechos del Niño.

Observatorio de la Infancia, Ministerio de Sanidad, SS. SS e Igualdad, (2013)

OBSERVACIÓN GENERAL N.º 12 (2009). El derecho del niño a ser escuchado  
COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 51º período de sesiones. Ginebra, 25 de  
mayo a 12 de junio de 2009. Naciones Unidas

Plataforma de Organizaciones de Infancia (2010). Informe complementario al III y IV  
informe de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño en España.

Protocolo de entrevista forense. Estado de Michigan. Grupo de trabajo del Gobernador  
para la justicia del menor. Comité combinado y Agencia para la Independencia de la  
Familia. Mayo 2003

## ANEXOS

### RECOGIDA DE OPINIÓN DEL NNA

Fecha:

NOMBRE DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

N.º

NOMBRE DEL PROFESIONAL

EDAD:

TIPO DE PROCESO:

Lugar donde se realiza:

OPINIÓN RECOGIDA A PROPUESTA DE:

<input type="checkbox"/>	Niño, niña o adolescente
<input type="checkbox"/>	Equipo Técnico
<input type="checkbox"/>	Centro de protección
<input type="checkbox"/>	Obligación Legal
<input type="checkbox"/>	Otros (especificar):

MODO DE RECOGIDA DE INFORMACIÓN:

<input type="checkbox"/>	Escrita
<input type="checkbox"/>	Oral
<input type="checkbox"/>	Dibujo
<input type="checkbox"/>	Otros (especificar):

MOTIVO:

<input type="checkbox"/>	Inicio de expediente o intervención en un proceso.
<input type="checkbox"/>	Otros (especificar):
<input type="checkbox"/>	

**VALORACIÓN – PROPUESTA:**

**FORMA:**

<input type="checkbox"/>	<b>Presencial</b>
<input type="checkbox"/>	<b>Medios Virtuales</b>
<input type="checkbox"/>	<b>Escrita</b>
<input type="checkbox"/>	<b>Otros (especificar):</b>

**PROFESIONAL QUE LO REALIZA:**

**CONTENIDO:**

**OBSERVACIONES:**



## **DECALOGO DE PARTICIPACIÓN Y ESCUCHA PARA NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (NNA)**

**1**

Los NNA tienen derecho a participar en la toma de decisiones de los asuntos que les afecten directamente. Es un derecho en la Convención de los Derechos del niño-

**2**

Los profesionales debemos acompañar y ser facilitadores para posibilitar experiencias de reflexión y participación, teniendo en cuenta sus pensamientos y opiniones.

**3**

La escucha del NNA se debe configurar como un derecho, no sujetos a criterios de necesidad u oportunidad.

**4**

Eliminar los criterios de edad respecto al derecho del NNA a ser escuchado, sustituyéndolo por fórmulas alternativas. Cuando el mensaje no sea verbal estar atento a los gestos y lenguaje corporal.

**5**

Para la escucha del niño, niña o adolescentes tener en cuenta la confidencialidad del acto, crear un ambiente confianza y empatía. Disponer de tiempo necesario y suficiente para que sean escuchados.

**6**

Promover la escucha y participación de los NNA, desde la posición profesional que se ocupe.

**7**

A través de la participación los NNA comienzan a comprender que tienen derechos pero que estos vienen acompañados de responsabilidades. El ser escuchado trae la responsabilidad de escuchar a otros.

**8**

Se debe evitar la falsa participación o la pseudo participación, tratando siempre que los NNA puedan expresar su opinión con libertad, en todos los asuntos que sean de su interés.

**9**

Ser informados implica dar información clara y oportuna con un lenguaje claro y acorde con su desarrollo cognitivo y su madurez emocional.

**10**

Aplicar técnicas de escucha activa y diálogos asertivos, que no sean amenazantes, tratando siempre de mediar y buscar alternativas a sus dudas.