



Escuela de Capacitación Judicial
"Dr. Arturo Zeledón Castrillo"



Enero - Junio 2015

Año VIII - Vol.1 No.13



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA



Año VIII - Vol.1 No.13
Enero - Junio 2015



Ventana JURÍDICA

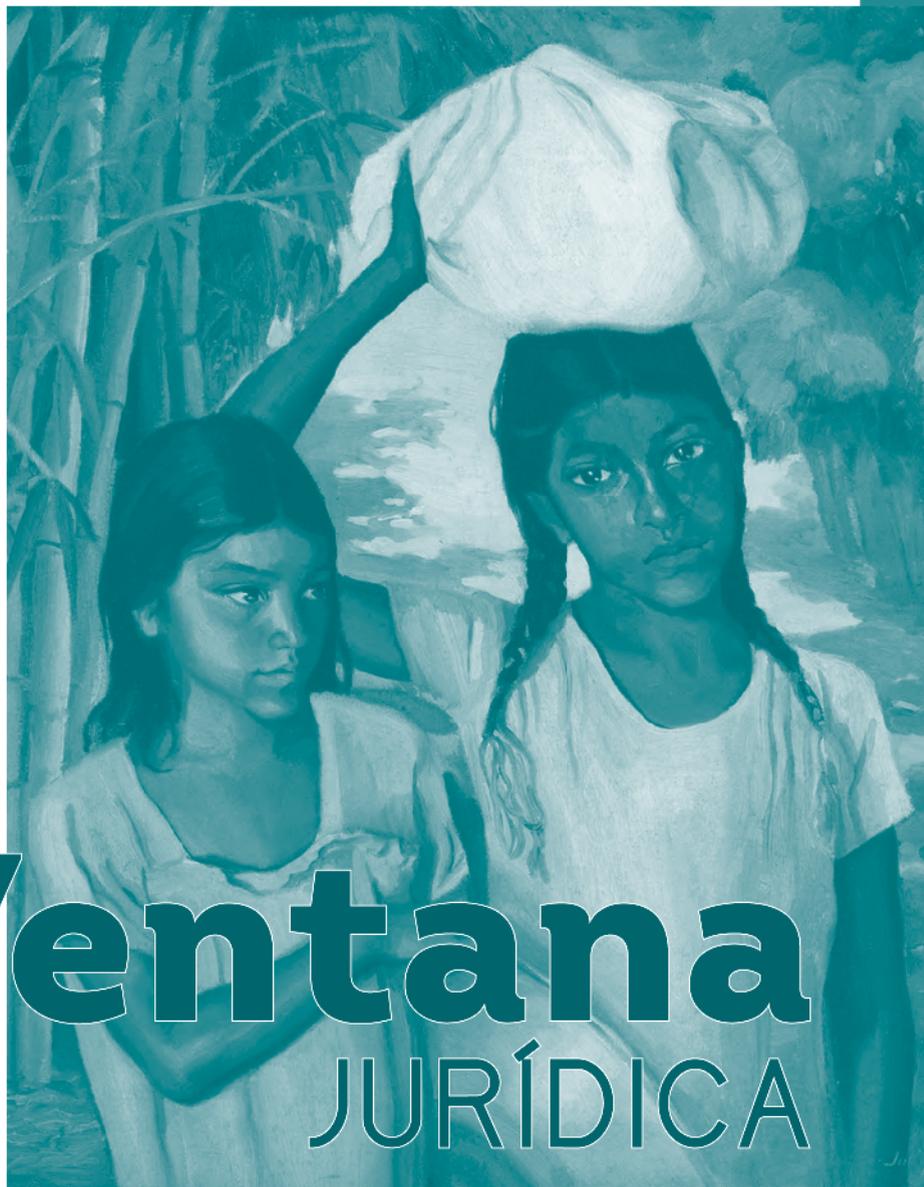
Escuela de Capacitación Judicial
"Dr. Arturo Zeledón Castrillo"



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA



Año VIII - Vol. 1 No. 13
Enero - Junio 2015



Ventana JURÍDICA

Escuela de Capacitación Judicial
"Dr. Arturo Zeledón Castrillo"



USAID
DEL PUEBLO DE LOS ESTADOS
UNIDOS DE AMÉRICA



Consejo Nacional de la Judicatura

VENTANA JURÍDICA N° 13
Enero-Junio de 2015

Escuela de Capacitación Judicial
“Dr. Arturo Zeledón Castrillo”
San Salvador, El Salvador

Consejo Nacional de la Judicatura
Comité Editorial

Lic. Jorge Alfonso Quinteros Hernández

Lic. Rafael Antonio Mendoza Mayora

Dr. Guillermo Humberto Padilla Benítez

Dr. Roberto Rodríguez Meléndez

ISSN

2070-3120

Ventana Jurídica N° 13.

I. Derecho de Familia. II. Derecho de Niñez y Adolescencia

Consejo Nacional de la Judicatura. Todos los Derechos

Reservados

Portada:

Julia Díaz,” A lavar”, 1941. Colección Nacional de Artes Visuales, Secretaría de Cultura de la Presidencia de la República de El Salvador, a quién agradecemos su valiosa colaboración.

Las opiniones vertidas en el material publicado, no necesariamente reflejan la posición de las autoridades del CNJ, ni del Comité Editorial de la Revista; los puntos de vista del documento son responsabilidad de sus autores.

Publicación del Consejo Nacional de la Judicatura con el financiamiento del Proyecto de USAID Fortalecimiento del Sector de Justicia.

La presente obra “Revista Ventana Jurídica N° 13”, ha sido posible gracias al apoyo de los Estados Unidos de América a través de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID). Los puntos de vista de la obra, son de responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente, los de USAID o los del Gobierno de los Estados Unidos de América.

Impreso en El Salvador, Centro América, 2015

**Pleno del Consejo
Nacional de la Judicatura**

Presidente

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

Consejo Propietarios

Lic. Manuel Francisco Martínez

Lic. Alcides Salvador Funes Teos

Lic. Jorge Alfonso Quinteros Hernández

Lic. Luis Enrique Campos Díaz

Licda. Marina de Jesús Marengo de Torrento

Lic. José Efraín Gutiérrez Martínez

Escuela de Capacitación Judicial

“Dr. Arturo Zeledón Castrillo”

Dr Roberto Enrique Rodríguez Meléndez. Director

Lic. José Hugo Granadino Mejía. Subdirector

Nuestra portada

JULIA DÍAZ (1917-1999)

Es una de las pintoras que, individualmente y con un esfuerzo titánico, abrieron y aseguraban a través de la historia el camino del arte femenino salvadoreño. Alumna del maestro Valero Lecha, Julia Díaz viajó a Toledo para consolidar su aprendizaje de las artes visuales y, al regresar, no solo trabajó en bien de su producción artística sino que fundó la “Galería Forma”, hito indiscutible en el desarrollo cultural nacional.

La inspiración de la maestra Díaz proviene de su entorno más cercano, tanto físico como emocional: su conciencia social no es grandilocuente ni panfletaria, sino que nos pone en contacto directo, sensible con la marginación, la desprotección, el despojo en la vida de niñas y niños, y de mujeres campesinas. Reconocemos en nuestra portada denominada “A lavar” esa realidad nuestra que no puede ser negada ni trastocada por un discurso de ambición política, pues de manera inevitable nos provoca la emoción y nos despierta la reflexión.

Su gesto al pintar es inseparable de su impulso y sentir interno, al que supeditó su dominio del color y el juego entre lo figurativo y lo simbólico.

Nuestra portada colaboración de:

**Sala Nacional de Exposiciones, Dirección Nacional de Artes, Teatro y Espacios Escénicos
Secretaría de la Cultura de la Presidencia de la República**

Índice

| | |
|---|-----|
| Presentación | 1 |
| Autores en este número | 4 |
| SECCIÓN PRIMERA | |
| DESDE EL CONSEJO | 7 |
| “Semblanzas” . Entrevista a colaboradores y compañeros de la Magistrada Evelyn Roxana Núñez Franco. | 13 |
| “Funcionamiento y calidad de los servicios en el Centro Judicial Integrado de Derecho Privado y Social de San Salvador (CJIDPS), entrevista al Lic. José Armando Pérez Buruca. Dr. Guillermo Padilla Benitez. Sección Especializada de Investigación de la Escuela de Capacitación Judicial | 23 |
| Informe de resultados del taller abierto a la participación de usuarios: Jueces y Magistrados. Diagnóstico de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial con el apoyo del Proyecto de USAID Fortalecimiento del Sector de Justicia | 43 |
| Informe de resultados del taller abierto a la participación de usuarios: Colaboradores y Secretarios Judiciales. Diagnóstico de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial con el apoyo del Proyecto de USAID Fortalecimiento del Sector de Justicia | 75 |
| ¿Viejos desafíos, nuevas herramientas? Profesionalización, Carrera profesional y formación Judicial por Competencias. Roberto Rodríguez Melendez. Escuela de Capacitación Judicial | 107 |

Fronteras procesales entre las jurisdicciones de familia y niñez-adolescencia. César Alí Espinoza. Sección Especializada de Investigación-ECJ 147

SECCIÓN SEGUNDA

ARTÍCULOS ACADÉMICOS 191

Principales modificaciones al Derecho de Familia con la entrada en vigencia de la LEPINA en El Salvador. Alex David Marroquín Martínez..... 193

Efectos legales de la filiación extramatrimonial en El Salvador en veinte años de historia judicial del derecho de familia. Raúl Wilfredo Barrientos Bolaños. 229

De padre para hijo: el Derecho a la paternidad como ejercicio de la ciudadanía. Rogério Magnus Varela Gonçalves 239

Cambio de sexo y transexualismo en la jurisprudencia salvadoreña. Más que un reto para la jurisdicción de familia. Cristian Eduardo Palacios Martínez. 265

Responsabilidad moral en materia de familia. René Alfonso Padilla y Velasco..... 295

La mediación familiar: acuerdos de los progenitores en relación a su responsabilidad parental. Karen Lissette Echeverría Guevara 319

La importancia de un estado laico para el respeto a la igualdad y no discriminación de la población salvadoreña. José Alberto Franco Castillo 351

¿Cómo publicar en esta revista? 381

PRESENTACIÓN

La “Revista Ventana Jurídica” ha sido, por más de siete años, el instrumento institucional por medio del cual el Consejo Nacional de la Judicatura fomentado con la comunidad jurídica la difusión, reflexión e intercambio de experiencias relacionadas con el quehacer judicial. La presente edición tiene la particularidad no sólo de acumular trece números en total, sino que presenta importantes cambios en su formato, estructura y contenido.

A finales del ejercicio 2014, el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, procurando la mejora de este espacio, solicitó al –recientemente creado– Comité Editorial de la revista, introducir innovaciones que potenciaran la calidad de ésta, incluyendo la exploración de nuevos tópicos del quehacer institucional dentro del sector justicia, impulsando la difusión de la cultura y ampliando las temáticas abordadas, así como los enfoques empleados (buscando la interdisciplinariedad).

Atendiendo lo anterior –y bajo nuestro compromiso con la mejora continua– la presente revista posee una nueva distribución de secciones y contenidos, así como una presentación acorde a las metas ya señaladas. En este sentido, nos hemos preguntado por el significado del nombre de nuestra revista y hemos acordado que “Ventana”, hoy, representa para nosotros, un espacio a través del cual la comunidad jurídica puede acercarse, observar y reflexionar sobre los problemas, discursos, documentos institucionales que tratan de describir y analizar los procesos de modernización de la Administración de Justicia en El Salvador, apoyándonos para ello en los aportes procedentes del Derecho Comparado y de otras disciplinas.

De igual forma para este Consejo, “Ventana” es sinónimo de apertura, de acercamiento, a la cultura y el patrimonio histórico propio del país. Es así, como a partir de este número las imágenes presentes en las portadas de nuestra revista, en asocio y colaboración con la Secretaría de la Cultura del Gobierno de El Salvador, representan elementos propios del patrimonio pictórico y cultural de nuestro país.

La Ventana Jurídica N° 13, se organiza en torno a secciones o apartados. La Sección Primera, denominada “Desde el Consejo”, presenta un humilde ho-

menaje a personas que han sido parte de nuestra comunidad jurídica, y muy cercanas a las labores de capacitación y sensibilización de nuestra Escuela.

En este primer apartado, se incorporó una “Semblanza” de la Magistrada licenciada Evelyn Roxana Núñez Franco, elaborada a partir de entrevistas realizadas con el personal que en vida compartió el día a día con ella. A este aporte se suma un extracto de entrevista realizada al licenciado José Armando Pérez Buruca, sobre sus opiniones y percepciones del Sistema Integrado de Justicia en los ámbitos del Derecho Privado y Social, que actualmente se impulsa en el Órgano Judicial.

Igualmente en esta Sección, damos a conocer el quehacer de este Consejo a través de opiniones y reflexiones sobre dinámicas, incidencia y transformación surgidas de programas, proyectos y propuestas concretas que han tenido lugar en nuestra institución, los que consideramos importante compartir para su conocimiento, análisis y formación. En este sentido es central el diagnóstico que se hace y se comparte sobre las percepciones de los destinatarios de la capacitación y que fue elaborado gracias al apoyo brindado durante el 2014 por parte de USAID -Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo- en El Salvador, a través del Proyecto de USAID Fortalecimiento del Sector de Justicia.

En la Sección Segunda, compartimos colaboraciones recibidas de profesionales del Derecho – nacionales e internacionales–, quiénes con sus aportes y experiencias provenientes de la práctica judicial y académica, profundizan sobre la reflexión del quehacer judicial, específicamente en las áreas temáticas de Derechos de Niñez y Adolescencia, y Derecho de Familia.

En este apartado se presentan los artículos premiados por el Consejo Nacional de la Judicatura en el “**Congreso Nacional de Derecho de Familia**”, celebrado el miércoles 23 y jueves 24 de julio de 2014, conmemorando el Vigésimo Aniversario de la entrada en vigencia del Código de Familia de El Salvador, en él se abordó diversos contenidos relacionados con esta área del Derecho, y la experiencia acumulada durante estos años, así como los nuevos retos que implica el desarrollo de la legislación de protección de la niñez y adolescencia, que posee una estrecha relación con el Derecho de Familia.

Los artículos seleccionados como ganadores en dicho Congreso fueron: “Efectos legales de la filiación extramatrimonial en El Salvador en veinte años de historia judicial del Derecho de Familia” por Raúl Wilfredo Barrientos; “Responsabilidad moral en materia de familia” por René Alfonso Padilla Velasco; “La importancia de un estado laico para el respeto a la igualdad y no discriminación de la población salvadoreña” por José Alberto Franco Castillo, y otros destacados artículos que participaron en el proceso, los que por su calidad académica consideramos pertinente compartir con la comunidad jurídica.

Finalmente, deseamos dejar patente nuestro agradecimiento a magistrados, jueces, capacitadores y profesionales jurídicos, internos y externos, nacionales e internacionales, que han aceptado nuestra invitación a compartir sus conocimientos y experiencias en este espacio, promoviendo no solo la discusión y reflexión, sino también la propuesta de soluciones a diversos problemas que se suscitan en el área del Derecho de Familia y Derechos de la Niñez y Adolescencia.

Consejo Nacional de la Judicatura
San Salvador, marzo de 2015

LOS AUTORES

Alex David Marroquín Martínez

Master en administración de justicia con énfasis en relaciones familiares de la Universidad Nacional de Heredia, Costa Rica. Actualmente Magistrado de la Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia de El Salvador, Capacitador a tiempo parcial de la Escuela de Capacitación Judicial, y Profesor en materia de Familia en la Universidad Gerardo Barrios de San Miguel, El Salvador. (abogadosv@gmail.com).

César Alí Espinoza Nolasco

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Maestro en Métodos y Técnicas de Investigación Social por Universidad de El Salvador. Miembro de la Comisión de Servicio Civil del CNJ, laboró como Investigador en la Sección Especializada de Investigación de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” de El Salvador. Actualmente, Profesional Especializado adscrito a la Unidad de Comunicaciones y Relaciones Públicas del Consejo Nacional de la Judicatura. (cespinoza@cnj.gob.sv).

Cristian Eduardo Palacios Martínez

Licenciado en Ciencias Jurídicas, actualmente Colaborador Judicial (interino) en el Juzgado Segundo de Familia, San Salvador. Por su destacado artículo recibió “Diploma de Reconocimiento” en el Concurso Literario en Conmemoración de los XX de la Jurisdicción Familiar promovido por el CNJ durante el año 2014. (cristian.palaciosz@hotmail.com)

Guillermo Humberto Padilla Benítez

Licenciado en Filosofía por la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA), Maestro en Ciencias Sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO, sede México). Doctor en Ciencias Sociales, con mención en Antropología Social por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social –CIESAS Occidente, con sede en Guadaluajara-. Actualmente Jefe de la Sección Especializada de Investigación (SEI) de la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura. (gpadilla@cnj.gob.sv).

José Alberto Franco Castillo

Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Abogado y Notario de la República. Actualmente Juez de Paz del municipio de El Carmen, Departamento de Cuscatlán. Mención honorífica de Tercer lugar en el Concurso Literario en Conmemoración de los XX de la Jurisdicción Familiar promovido por el CNJ durante el año 2014. (jfrancocastillo@yahoo.es).

Karen Lissette Echeverría Guevara

Doctora en Derecho de Familia por la Universidad de Granada, España. Abogada, Profesora universitaria e investigadora jurídica. Actualmente Jefa del Departamento de Ejecución de Medidas de Protección en Instituto Salvadoreño de Niñez y Adolescencia. (karenlis24@gmail.com).

Raúl Wilfredo Barrientos Bolaños

Licenciado en Ciencias Jurídicas, Licenciado en Teología, Dr. en Psicología P. Miami, USA; docente universitario en Derecho de Familia y Derecho Procesal de Familia de la Universidad Católica de El Salvador, Universidad Modular Abierta y Universidad Autónoma de Santa Ana; Juez Segundo de Familia suplente de la ciudad de Santa Ana. Mención honorífica de Primer lugar en el Concurso Literario en Conmemoración de los XX de la Jurisdicción Familiar promovido por el CNJ durante el año 2014. (raulwbb77@gmail.com).

René Alfonso Padilla y Velasco

Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Dr. José Matías Delgado. Otras participaciones: Segundo Lugar en el Certamen Jurídico Anual “Dr. José Simeón Cañas”, auspiciado por el Ministerio de Justicia.- Título de la obra: “Emplazamiento, Notificación Y Citación”; “Comentarios al Código Procesal Civil y Mercantil. Libros III, IV y V”, Editorial Jurídica Salvadoreña, primera edición. Mención honorífica de Segundo lugar en el Concurso Literario en Conmemoración de los XX de la Jurisdicción Familiar promovido por el CNJ durante el año 2014. (rapyv@hotmail.com).

Roberto Enrique Rodríguez Meléndez

Doctor en Derecho y en Sociología por las Universidades Carlos III de Madrid y de Deusto; Master en Ciencia Política y Cooperación para el Desarrollo. Actualmente Director de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador. También, es investigador y docente universitario. (rrodriguez@cnj.gob.sv).

Rogério Magnus Varela Gonçalves

Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Coimbra. Máster en Derecho Público por la Universidad Federal da Paraíba. Profesor del Centro Universitario de João Pessoa (UNIFE), Abogado, Brasil. (rogeriovarela@bol.com.br)

**SECCIÓN PRIMERA
DESDE EL CONSEJO**

SEMBLANZAS

*Dr. Guillermo Padilla Benitez
Jefe de la Sección de Investigaciones de la
Escuela de Capacitación Judicial
Consejo Nacional de la Judicatura*

El Consejo Nacional de la Judicatura, por medio de su Escuela de Capacitación Judicial, consideró oportuno rendir en la presente edición un homenaje póstumo a dos distinguidos integrantes del Órgano Judicial y capacitadores de nuestra Escuela, quiénes –si bien ya no están físicamente entre nosotros– dejaron legados importantes, tanto en el ámbito humano como en el profesional; legados que sin lugar a dudas, permanecerán y trascenderán a través de quiénes conocieron, colaboraron e interactuaron con ambas personalidades en la cotidianidad de sus actividades laborales. Nos referimos a la licenciada *Evelyn Roxana Núñez Franco*, Magistrada de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y al licenciado *José Armando Pérez Buruca*, Juez de Familia suplente en el Juzgado Segundo de Familia de San Salvador.

Compartimos con ustedes una breve “*Semblanza*” de la licenciada Núñez Franco, confeccionada a partir de las percepciones, valoraciones y sentimientos que sobre ella expresaron tres colegas de la Sala en la que se desempeñó, así como una de sus más cercanas colaboradoras cuando ejerció la judicatura de familia. Este acercamiento, como toda aproximación a la vida de una persona, es limitado, en tanto brinda tan sólo un atisbo, una pequeña parte de un ser pluridimensional y polifacético, que siendo uno, fue a la vez diverso y plural; pero, al mismo tiempo, es una mirada rica, en cuanto rescata y resalta –dentro de esa pluralidad– el aspecto más radical de toda persona: su carácter o dimensión humana.

En cuanto al licenciado Pérez Buruca, presentamos la que, posiblemente, sea una de las últimas entrevistas concedidas, en agosto de 2013 a la Sección Especializada de Investigación (SEI) de la Escuela de Capacitación Judicial, a propósito del estudio que esa sección realizaba sobre el “Funcionamiento y la calidad de los servicios en el Centro Judicial Integrado de Derecho Privado y Social de San Salvador (CJIDPS)”. Por tanto, la naturaleza de la entrevista, la conversación con el licenciado Pérez

Buruca nos va descubriendo al “Profesional del Derecho” y al “Funcionario Judicial”, con sus preocupaciones y expectativas en torno al quehacer en el Centro Judicial Integrado de Derecho Privado y Social, y sobre la ingente necesidad de hacer de la tecnología un aliado determinante en esa infinita labor de alcanzar la tan anhelada “pronta y cumplida justicia”; no obstante, sus apreciaciones y puntos de vista también traslucen mucho de su calidad humana, su preocupación por salvaguardar el carácter humano de las relaciones laborales, el bienestar y la salud de sus colaboradores y colegas.

Sobre las entrevistas que nos sirven de vehículo para acercarnos a estas dos valiosas personalidades de la comunidad jurídica y del gremio judicial, estimadas desde su condición de seres humanos, es necesario advertir cuestiones como las siguientes:

- En primer lugar, en todos los casos, se informó a las personas entrevistadas sobre la finalidad de las conversaciones, y se les pidió la respectiva autorización para grabar en audio y poder citar sus palabras con sus nombres –en caso que fuera necesario–.
- En segundo lugar, nos pareció pertinente, respetar al máximo la voz y las expresiones de los propios “actores”, y, en consecuencia, al procesar las entrevistas se trató de intervenir lo menos posible en ellas; el poco trabajo de edición que se hizo, fue única y exclusivamente a nivel de sintaxis, para hacer más comprensible algunos pasajes, frases u oraciones que, por proceder del lenguaje verbal u oral y producirse en la inmediatez del “cara a cara”, dificultan su comprensión al trasladarlo literalmente al lenguaje escrito.
- Tercero, y en consonancia con lo anterior, lo que se presenta es la transcripción de los pasajes más relevantes y significativos que las personas entrevistadas expusieron en relación con la temática objeto de la conversación (en el caso del licenciado José Armando Pérez Buruca, el funcionamiento y la calidad de los servicios del Centro Judicial Integrado de Derecho Privado y Social de San Salvador -CJIDPS; en el caso de los compañeros de sala y colaboradores más cercanos de la licenciada Núñez Franco, las apreciaciones y valoraciones de la extinta Magis-

trada de lo Contencioso, tanto en su condición de mujer, profesional, colega, jefa...). Dicho en otras palabras, los documentos que se exponen, no son artículos conmemorativos sobre las dos figuras jurídicas aludidas, sino -muy modestamente- dos transcripciones en las que tales personas nos permiten conocer distintos aspectos y dimensiones lo que fueron sus vidas, de dos formas distintas: una de manera directa, exponiendo sus puntos de vista sobre un tema particular; la otra, de modo indirecto, a partir de la mirada y valoraciones de sus allegados. Finalmente, previo a cada entrevista, a modo de introducción, se presenta una pequeña semblanza sobre la trayectoria académica y profesional de las dos personalidades emblemáticas del gremio jurídico.

“SEMBLANZAS”¹

En memoria de la Magistrada Licda. Evelyn Roxana Núñez Franco

La Escuela tiene a bien reconocer el firme compromiso que en su condición de mujer, profesional, colega, jefa y en su condición humana, de quien durante en vida compartió con nosotros muchos momentos, destacándose fielmente por sus principios y valores a través de sus múltiples acciones, que incidieron en el ámbito judicial en el cual laboró aproximadamente veinte años. Desde cualquier lugar que se desempeñó busco marcar la diferencia, logrando así, destacarse por sus cualidades dentro del Órgano Judicial a través de su espíritu de servicio. También, en su trayectoria alcanzó ganarse el aprecio y reconocimiento de muchos colegas y miembros de la comunidad jurídica en general.

Afortunadamente una de las formas de aproximarnos a la vida de una persona, consisten en conocer la huella que dejó entre la gente con la que sostuvo trato: familia, amistades, colegas, personal de colaboración y muchas otras personas con quienes interactuó o compartió la cotidianidad.

En esos términos, y a juzgar por las opiniones que las personas allegadas a la licenciada Núñez Franco expresaron de ella, se puede decir, sin temor a equivocación, que ella dejó una profunda impresión en muchas personas, pues su legado logró calar hondamente; cada persona entrevistada, desde sus propias vivencias y experiencias compartidas, brindan una pequeña muestra de la licenciada Núñez Franco no solo como profesional, sino como ser humano, y el retrato que emerge de ese conjunto, nos muestra un ser con una “excepcional calidad humana”, con singular “don de persona”.

Evelyn Roxana Núñez Franco, nació el 6 de agosto de 1956, en San Salvador. Realizó sus estudios de primaria hasta bachillerato en el Colegio La Sagrada Familia, regentado por las Religiosas Oblatas al Divino Amor, donde obtuvo el título de Bachiller opción “Ciencias Humanidades”.

1. “Semblanzas” entrevista a colaboradores y compañeros de la Magistrada Licenciada Evelyn Roxana Núñez Franco. Sección Especializada de Investigación.

En 1984 se graduó de Licenciada en Ciencias Jurídicas en la Universidad de El Salvador y, años después, recibió la autorización de la Corte Suprema de Justicia para ejercer la función pública del Notariado. Durante la Universidad, desde muy temprano mostró interés en la docencia, y desde 1982 hasta 1987, colaboró como instructora en materias como Filosofía General, Filosofía del Derecho y Lógica Jurídica; asignaturas que, junto con otras –como Derecho de Familia, Teoría General del Proceso, Derecho Civil II, Criminología–, impartió como catedrática titular (entre 1988 hasta su deceso), en su Alma Mater.

Obtuvo el Título de Master en Docencia en Educación Superior, por la Facultad de Ciencias y Humanidades de la Universidad de El Salvador. En la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” se desempeñó como capacitadora en las áreas de Derecho de Familia y Derecho Procesal de Familia desde 1998. Su formación incluye el ser mediadora, instruida en Resolución Alternativa de Conflictos, así como profesional especialista en la formulación, evaluación y ejecución de proyectos.

Su experiencia jurídica comenzó en 1978, año en que fungió como Colaboradora Jurídica del Tribunal del Servicio Civil, donde se encargaba de redactar proyectos de sentencias y resoluciones, actividades que desempeñó hasta 1982. Entre 1982 y 1987 se dedicó al ejercicio libre de la abogacía y el notariado. Interinamente desempeñó el rol de colaboradora jurídica, en la Jurisdicción de Menores, San Salvador. Dentro del Órgano Judicial, en octubre de 1994 fue nombrada –previo proceso de selección o concurso– como titular del Juzgado Tercero de Familia, cargo en el que se mantuvo aproximadamente por doce años. En 2006, fue electa como Magistrada de la Sala de lo Contencioso Administrativo, cuya Presidencia ejerció durante los años 2009 y 2013; la muerte la sorprendió a un año de cumplir el período para el que había sido electa. (nueve años).

Docente y profesional exigente, pero accesible y comprensiva

Roxana Elizabeth Marroquín Monroy, Secretaria propietaria de la judicatura del Juzgado Tercero de Familia de San Salvador, trabajó como colaboradora de la Magistrada Núñez Franco por 11 años, desde 1995 hasta 2006, año en que “Roxanita” –como la gente más allegada llamaba a la

Magistrada— pasó a conformar la Sala de lo Contencioso Administrativo. Años atrás, antes de integrarse al Órgano Judicial, la actual Secretaria de Actuaciones de la judicatura 2 del Juzgado Tercero de Familia de San Salvador, conoció a la licenciada Núñez Franco; como para muchos otros de los actuales profesionales en Ciencias Jurídicas que pasaron por las aulas de la Universidad de El Salvador, ella fue la Catedrática en una o más asignaturas. La licenciada Marroquín Monroy, rememora su relación con la Magistrada Núñez Franco, la que surgió desde los tiempos formativos y académicos, y se fue estrechando en los 11 años de trabajo compartido.

Yo comencé a trabajar con la Lic. Núñez desde el año de 1995, hasta el 2006 que ella se retiró para su magistratura en la Corte. Conocí a la licenciada antes, porque fue catedrática mía en la Universidad de El Salvador, me impartió las materias de Derecho que ella daba en ese entonces. Con la licenciada llevé Filosofía Científica (...) recuerdo que era una de las materias más difíciles en ese entonces (...), [que ella] era una persona bastante exigente en su materia muy estricta, una persona bastante responsable, muy accesible, cuando uno la buscaba siempre estaba abierta a escucharlo. [de esa época] eso es lo que yo me recuerdo de ella, y [que] amaba mucho [a] la Universidad (...) La veía disfrutar al momento de dar las clases; todo el tiempo fue una catedrática que usted la veía risueña, tenía esa característica bien especial, de andar contenta: tenía esa vos tan especial que a ella la caracterizaba. Yo veía que ella disfrutaba estar en la Universidad, todo el tiempo contenta, se sonreía (...) y repito cuando uno la buscaba era bastante accesible, siempre terminaba hasta aconsejándonos. Siempre estaba en la buena disposición de colaborar con nosotros, nunca fue una catedrática dolosa, como tienen fama otros catedráticos, nunca fue una catedrática así, sino que siempre estuvo abierta con el alumnado.

La rigurosidad y vocación docente —así como su disponibilidad con y apertura hacia sus educandos— que exhibía la catedrática Núñez Franco, no se quedaban atrapadas en las paredes del aula; tampoco eran expresión de una impostura, ni mucho menos formaban parte de un discurso vacío y demagógico. Todo lo contrario, daban cuenta de un modo de ser, una actitud ante la vida y el ejercicio profesional, ya como educadora, abogada o jueza. El quehacer judicial, en cierta medida, no era más que otro ámbito donde cultivar la docencia, inculcar la exigencia y el rigor como atributos esenciales de la mejora cotidiana, el crecimiento personal y profesional; y sus colaboradores, más que simples empleados o subalternos, eran personas con las que podía compartir y de las que —además— podía aprender.

Mai Li Linares Quant, actualmente desempeña el cargo de Coordinadora de la Sala de lo Contencioso Administrativo; ella trabajó aproximadamente siete años con la Magistrada Evelyn Roxana Núñez Franco, tiempo en el que logró conocerla no sólo en el plano laboral, sino además en el personal. Algunas de las vivencias laborales y personales de la licenciada Linares Quant con la Magistrada contribuyen a ratificar lo expresado anteriormente.

Con la licenciada trabajé desde marzo 2007, aunque ella se incorporó a la Sala de lo Contencioso Administrativo en julio 2006.

Yo trabajaba directamente con ella (...) Ella fue una mujer muy estudiosa, tenía conocimientos vastos en el área del Derecho en general (...) Era una catedrática por naturaleza, ella nos enseñó mucho. Parte de sus conocimientos (...) en materia Procesal, en Derecho Constitucional, los implementaba en sus decisiones (...) Eso nos permitió tener otro tipo de contacto con ella, porque nosotros aplicábamos también [parte de esos conocimientos] dentro de las resoluciones que emitía la sala (...) Una de las cosas que yo tengo muy presente del trabajo de la licenciada, [es] que ella resolvía todo apegado al Derecho, pero al mismo tiempo también daba la apertura de poder platicar y llegar a un consenso; ella escuchaba el punto de vista, ella no imponía, sino que permitía la discusión y llegar a un punto en el cual se decidiera lo mejor y lo que fuera más apegado a Derecho (...) No era una persona que imponía o que quería hacer sentir [que] “porque yo decido, esto se va a hacer así”; sino que ella daba la confianza –para que uno pudiera expresar sus puntos de vista verdad– se discutían y daba ya sea sus contra o sus pro, en cuanto a la opinión que se le pudiera brindar, pero ella sí escuchaba. Y algo importante también es que decía “hay que trabajar, hay que tener el trabajo al día porque afuera esperan una respuesta, o sea nosotros nos debemos a los usuarios, a las partes porque ellos independientemente cual sea la respuesta ellos esperan un resultado y pues es la labor de una, trabajar y estar al día con su trabajo”.

Vocación judicial forjada por la necesidad de defender el derecho de las personas y hacer prevalecer la justicia

La relevancia que, según el testimonio de la licenciada Linares Quant, la magistrada Núñez Franco le confería al cumplimiento de la “pronta y cumplida justicia”, así como la importancia que le concedía a los usua-

rios, parecen tener un trasfondo histórico que va más allá de las exigencias inherentes a su estatus como funcionaria pública y –especialmente– a su condición de autoridad judicial, acontecimientos familiares que, a temprana edad, tocaron fibras sensibles de la Magistrada, y contribuyeron a descubrir su profesión así como a cultivar una particular sensibilidad por la defensa de los derechos de las personas y por la prevalencia de la justicia.

Oscar Gilberto Canjura Zelaya fungió, y actualmente todavía se desempeña, como Asistente de Magistratura de la Sala de lo Contencioso Administrativo; por más de 12 años, trabajó con la Magistrada Evelyn Roxana Núñez Franco. En 2001, el licenciado Canjura Zelaya realizó sus prácticas profesionales en el Juzgado Tercero de Familia de San Salvador; posteriormente en 2003, entró a formar parte del Órgano Judicial, como integrante del equipo de colaboradores del juzgado que presidió la licenciada Núñez Franco, a quién después acompañaría cuando fue electa como Magistrada de la Sala de lo Contencioso Administrativo. El testimonio del licenciado Canjura Zelaya, amplían y enriquecen la pequeña semblanza que, respecto de la licenciada Núñez Franco, hasta ahora se ha ido delineando.

Llegué al tribunal [como empleado] un dos de mayo de 2003 (...) El primer acercamiento [con la Licenciada Núñez Franco] se produjo a raíz de una oferta de trabajo que ella me hace, a través de la Secretaria de Juzgado. Me dijo que si yo estaba dispuesto a unirme a su staff de colaboradores y [luego] me entrevista; en la entrevista, me dice que la visión de ella es una visión de compromiso con la justicia, pero, principalmente, de compromiso con el usuario de los Tribunales de Justicia y no solamente con los abogados; por la naturaleza del Derecho de Familia, una naturaleza eminentemente humana, le interesaba rodearse de gente que compartiera esa visión de compromiso. Y luego de haber visto mi Hoja de Vida, le pareció que mi inclinación por el Derecho Constitucional y algunos aspectos del Derecho Penal me vinculaban con ella y con esa visión de compromiso con la justicia humana.

[Uno de los] debates principales y línea de trabajo que compartíamos era cómo volver más accesible la justicia para aquellos que realmente no les era dada, debido a sus limitantes económicas y sociales (...) Ella insistía en que nosotros, como operarios del sistema judicial, teníamos que ponernos en los pies de aquellos que llegaban para reclamar justicia; tenía una frase que decía: “póngase en los pies del litigante, póngase en los pies de aquel que día a día come de esto”, y a través de eso nosotros

buscábamos formas de cómo hacer más expedita la justicia (...) recuérdese que en el caso de Familia nosotros nos veíamos involucrados en aspectos eminentemente humanos como situaciones de niños y niñas en abandono, violencia intrafamiliar, cuotas alimenticias, adopciones y algunos casos que realmente pasaron a la historia y están archivados como casos emblemáticos del Derecho de Familia que la licenciada Núñez tuvo la oportunidad de tramitar (...)

La Licda. Núñez fue hija del Coronel Manuel de Jesús Núñez, un coronel progresista, que había purgado prisión por compartir ideales progresistas (...) de compromiso social y eso le implicó a la licenciada, a la corta edad de 15 años, visitar a su padre en la cárcel y cerciorarse de las condiciones inhumanas en las que estaba (...) fue esa vivencia personal la que la hizo tomar la decisión de estudiar Derecho.

Cualidades que marcaron la diferencia y quedan en nuestra memoria: persona valiente, sensible y de gran calidad humana

Característico fue el abogar por el respeto de los derechos de las personas y de los más vulnerables, comprometerse con hacer prevalecer la justicia, como lo hizo la licenciada Núñez Franco, suele ser motivo suficiente para granjearse animadversiones, detractores y hasta amenazas contra la vida. La magistrada Evelyn Roxana Núñez Franco tuvo que enfrentar éstos y otros “vejámenes”, y supo afrontarlos valientemente, con dignidad y altura humana. En las apreciaciones de dos de los integrantes de su equipo de trabajo: el licenciado Canjura Zelaya y la licenciada Linares Quant, se advierte claramente parte de esas dificultades y oprobios que arrojó la Magistrada Núñez Franco.

Al frente del Juzgado Tercero de Familia, producto de uno de los casos emblemáticos que conoció hubo amenazas e incluso de orden extrajudicial en contra de Magistrada, la entonces Jueza Licda. Núñez, para que ella se abstuviera de conocer del caso (...) Esa fue una de las cosas más significativas que ella tuvo (...) al final la justicia salió bien librada, y ella fue incluso exonerada en Derechos Humanos [a dónde se le había denunciado] y se le reconoció su labor [en favor de] tutelar los derechos del niño, en ese sonado caso (...) [Fue] una mujer valiente que no se dejó intimidar (...) que en apego al respeto de la ley y a los derechos (...) logra tutelar los derechos [del] niño [centro de la controversia] y reincorporarlo al lado de su madre.

La licenciada Núñez fue una mujer valiente, hasta sus últimos días, y eso lo manifestó tanto en salud y como en la enfermedad, supo defenderse y librar muchos ataques que le fueron hechos, desde distintos ámbitos. Lo único que ella nunca toleró fue que se le cuestionara [su idoneidad] en el proceso de destitución que se llevó acá, fue una de las épocas más difíciles que se vivió aquí en la Corte. Una de las cosas que ella sostenía es que realmente la Carrera Judicial es algo que debe portarse con orgullo, es una realidad que los jueces deben de defender (...) Se sintió ofendida porque personas que nunca fueron jueces le cuestionaron su idoneidad y moralidad para ser Magistrada (...) dijo que...incluso no estando ella, esperaba que un día cuando todo se resolviera se le diera la razón y se hiciera ver la injusticia con la que se le trató acá; por eso es que vale la pena mencionar que actualmente todavía hay un proceso abierto, una denuncia en sede de la Procuraduría de Derechos Humanos, que la interpuso la licenciada Núñez en contra de la Sala de lo Constitucional, y está esperando ser resuelta, la misma ha sido retomada por la familia, por los hijos que le sobreviven (...) (Oscar Gilberto Canjura Zelaya, entrevista personal, martes 23 de septiembre de 2014).

Compartimos momentos alegres y difíciles. Una de las situaciones difíciles quizás fue lo de su enfermedad, también el período en el cual el nombramiento de ella [la licenciada Núñez Franco como de los otros Magistrados electos en el 2006 como en el 2012] fue cuestionado. Fueron momentos bastante difíciles porque ella, [era una] mujer con una gran Carrera Judicial, [así como una] gran trayectoria como catedrática, se vio vulnerada y fue objeto de momentos nada agradables para cualquier profesional (...) A la larga, la ratificación de su nombramiento por la Asamblea Legislativa (...) fue la correcta, porque la conducta intachable de ella, la ética profesional [mostrada en] su vida profesional (...), reconocida no sólo aquí, a nivel nacional, sino también internacional, pues fue invitada a otros países para ser ponente en materia de Familia (...) La licenciada decía: “¿por qué no me oyeron?, ¿por qué no se me dio la oportunidad?”. Era su integridad moral la que había sido cuestionado; en vista de que no fue oída en ese proceso de inconstitucionalidad y para hacer valer sus derechos, ella, ella sola, interpuso una denuncia en la Procuraduría de la Defensa de los Derechos Humanos, para buscar una defensa a nivel nacional de sus derechos y los derechos como mujer, los que consideraba también le habían sido vulnerados (Mei Li Linares Quant, entrevista personal, martes 23 de septiembre de 2014).

Mujer proactiva y de agudo espíritu crítico, más abocada a la acción y docencia que a la investigación intelectual, la Magistrada Núñez Franco no obstante realizó un trabajo de investigación –sin fecha, por cierto–, cuestionando uno de los procedimientos centrales de su alma mater –y centro de su ejercicio docente– que dificulta el paso final de los educandos, titulada: “Qué cuesta graduarse en la Universidad Nacional”. Fue, además, pionera en lo concerniente a la implementación y funcionamiento de los Juzgados de Familia, una lideresa en distintos ámbitos, y especialmente una persona con gran calidad humana.

Considero (...) que como ella [la Magistrada Núñez Franco] fue una Jueza pionera, porque cuando se iniciaron los Juzgados de Familia, se iniciaron con ella como Jueza pionera, desde octubre de 1994 (...) Ella dejó su sello desde que inició, por ser ella la primera Jueza del Tercero de Familia de San Salvador, dejó esa huella plasmada (...) Ella implantó, también, una forma de dirigir el tribunal, administrativamente (...) porque con ella se arrancó todo, entonces fue abriendo brecha, esos caminos de cómo se va a trabajar este libro, cómo se va a llevar esto, cómo se va a llevar lo otro. Considero que ella dejó marcada la forma laboral desde aquel entonces, hasta la actualidad, porque hay cosas que cuando estaba la secretaria de antes, ella me los dejó a mí, me dejó indicado como se tenía que trabajar, [algo] que yo sigo, y trabajo como se dejó en ese entonces. Han sido aportes muy importantes para el trabajo diario, que ella [la licenciada Núñez Franco] en aquel entonces dejó, ahora que estoy con otra jefatura, también me sirven para esta jefatura (Roxana Elizabeth Marroquín Monroy, entrevista personal, viernes 19 de septiembre de 2014).

Sí, ella era una persona que llegó a desarrollar prácticamente lo de la Doctrina de Familia, en el ámbito de trabajo, porque aparte de su capacidad, era una lideresa y llegó a inculcar ese compromiso en su equipo de trabajo, respecto de cómo se debe de administrar la justicia (...) Quizás como lideresa es que ella repetía que estaba para dar soluciones no para transmitir problemas; esas son las cosas que las demás juezas deberían de considerar, pues las relaciones y el trato humano dentro de un juzgado son complicados, y muchas veces lo que se necesita no es únicamente la parte coercitiva hacia el empleado, sino también crear una unidad, en el sentido de una entidad [dirigida] hacia un [mismo] objetivo y ese objetivo es impartir

justicia (...) Ella, fue una persona que mostraba a leguas su parte solidaria con cualquier tipo de problemática que mostraban los empleados; fue generosa, siempre estuvo pendiente de poder ayudar, en la medida de lo posible; [y, además] valiente. Ella nos decía, “ustedes son abogados, cómo es posible que no sepan defenderse, ustedes como abogados deben de saber defenderse, si no ¿para que estudiaron Derecho?” (Oscar Gilberto Canjura Zelaya, entrevista, 23 de septiembre de 2014).

Era una persona que todo el tiempo buscaba el bienestar de nosotros, compartíamos regularmente esas actividades (...) como almuerzos, cumpleaños, celebraciones de fin de año. Muchas veces íbamos a compartir a la casa de la madre de ella. Era tan generosa y tan linda, que nos prestaba la casa de su mamá y llevaba a todo el personal; allí compartíamos la cena navideña, contábamos muchas (...) vivencias dentro del tribunal (...) cosas muy lindas, experiencias que vivíamos ahí, en audiencias, como cuando empezamos los tribunales y no teníamos ni una computadora: todo lo hacíamos a pura mano (...) Ella era una persona que no dejaba solo a su colaborador, porque cuando yo estuve trabajando con ella como colaboradora, ella estaba al pie del cañón –como dicen–, escribiendo a la par del colaborador (...); siempre estaba pendiente que su trabajo fuera cien por ciento legible, nítido, si el colaborador se quedaba al momento de estar tomando nota, ella venía y lo reforzaba con sus apuntes, era una Jueza muy cuidadosa para sus actas y para emitir sus fallos. (Roxana Elizabeth Marroquín Monroy, entrevista personal, viernes 19 de septiembre de 2014).

Yo conocí a Roxana desde el año de 1994, cuando ella ingresó como Jueza de Familia en el Tercero de Familia (...), desde esa época yo la conozco a ella. Siempre se caracterizó por ser una mujer dinámica, proactiva y enamorada de su carrera, porque ella fue docente universitaria, tiene muchos alumnos que la recuerdan con mucho cariño (...) Fue una mujer con una forma de ser sencilla, alegre y muy dinámica (...) Fuimos de la misma asociación de mujeres juezas (Asociación de Mujeres Juezas de El Salvador, AMJES), ella en una época fue la presidenta, en otra época fui yo, pero sí compartíamos bastante con ella. Luchó mucho por el escalafón judicial (...) estaba en varias comisiones; como le digo, era bien activa; aquí, la sala, la manejaba muy bien siendo ella presidenta. (...) Tuvimos una excelente relación interpersonal, porque era fácil querer a Roxana, porque es

una mujer muy bondadosa, dinámica, trabajadora, muy inteligente y bien empática con las personas. Aquí [en la Corte Suprema de Justicia], ella tenía un programa que yo hoy lo voy [a continuar] en memoria de ella: les celebraba a los PPI [División de la Policía Nacional Civil de “Protección a Personas Importantes”], en navidad, a todos los hijos de los PPI, les traía juguetes y golosinas, piñatas, payasos y pasábamos un convivio muy alegre con los PPI, porque ellos no son empleados directamente de la Corte [Suprema de Justicia], sino que ellos son de la Policía, asignados a protección de personalidades; y esta gente gana muy poco salario, entonces uno trata de darles incentivos, porque se lo merecen, son gente que andan al cuidado de nosotros, y de los demás magistrados. Pues ella [la licenciada Núñez Franco] fue la de la idea de darles esos convivios. El año pasado, pese a que estaba ya enfermita, participó en el convivio, y yo le di continuidad a eso; y primero Dios, este año también lo voy a seguir, porque es algo muy bueno que ella dejó, de gran calidad humana(...), pues ella tenía una calidad humana. (Licda. Elsy Dueñas de Avilés, entrevista personal, martes 23 de septiembre de 2014).

Evelyn Roxana Núñez Franco, una vida emblemática, cuya trayectoria en gran medida se forjó a partir de la vivencia adolescentes sobre la detención de su padre y de la violación de los derechos de éste –debido a sus convicciones políticas progresistas-, así como del sentimiento de impotencia familiar experimentado al no encontrar a ningún profesional del derecho dispuesto a defender a su progenitor. Por ello estudió Derecho, de ahí su intransigencia frente a la injusticia y la violación de los derechos de las personas, por eso sus profundas convicciones y, en parte, su calidad humana.

Ella me comentó en una oportunidad que al ver las condiciones en que estaba su papá [el Coronel Manuel de Jesús Núñez], y que ningún abogado quería asistirlo y defenderlo –porque era un caso de tinte político–, (...) esos hechos despertaron en ella su vocación por estudiar Derecho; entonces cuando su papá le preguntó por qué iba a estudiar Derecho, [ella le respondió] “es que yo me acuerdo que a ti nadie te quiso defender y la única manera en que nosotros nos podamos defender, es que haya una abogada en la familia y esa voy a ser yo”. (Oscar Gilberto Canjura Zelaya, entrevista personal, 23 de septiembre de 2014).

EL FUNCIONAMIENTO Y LA CALIDAD DE LOS SERVICIOS EN EL CENTRO JUDICIAL INTEGRADO DE DERECHO PRIVADO Y SOCIAL DE SAN SALVADOR (CJIDPS)”

En memoria del Lic. José Armando Pérez Buruca (entrevista)

José Armando Pérez Buruca, oriundo de Yucuaiquín, Departamento de la Unión, nació el 24 de marzo de 1973, Abogado y Notario de la República de El Salvador. En 1996, obtuvo el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador, donde presentó y defendió en coautoría la tesis titulada “La ejecución de las sentencias en el derecho procesal de Familia”.

Entre los años 1993 y 1995, previo a su inserción al Órgano Judicial, se desempeñó laboralmente como corresponsal de prensa y locutor en “Radio Estéreo Puerto” de la ciudad de La Unión, así como también de “Radio Estéreo La Fabulosa” de Santa Rosa de Lima.

En 1996 ingresó a la Carrera Judicial en el Juzgado Primero de Familia de San Salvador, en forma interina como Colaborador Judicial (tres meses); posteriormente, pasó al Juzgado Segundo de Familia de San Salvador, como Colaborador Judicial B-1, puesto que desempeñó por dos años. A partir del 4 de mayo de 1998 “hasta el 31 de julio de 2001” fue nombrado Secretario de Actuaciones del Juzgado Segundo de Familia de San Salvador.

Su primera experiencia como responsable propietario de una judicatura tuvo lugar en Nueva Trinidad, Chalatenango, el 1 de agosto de 2001, donde ejerció como Juez de Paz. El 15 de junio de 2003, pasó a dirigir al Juzgado Segundo de Paz de Sensuntepeque, Departamento de Cabañas, cargo que ostentó hasta su deceso.

Durante su Carrera Judicial el licenciado Pérez Buruca ejerció, en condición de interino, como Juez de Menores, en Sensuntepeque en diversas ocasiones: 2004, 2005 y 2006, 2007 y 2008; asimismo, fungió, en varias oportunidades, como Juez de Primera Instancia interino entre los años

2005 y 2007. Entre estos mismos años, también cumplió interinamente como Juez de Familia de Sensuntepeque. Y desde 2007 hasta 2014 actuó en distintos momentos como Juez Segundo de Familia Suplente de San Salvador.

También cultivó la docencia. Desde 2001, colaboró con la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, del Consejo Nacional de la Judicatura, como capacitador del área de Familia. Fue catedrático, a nivel de educación superior, en diferentes universidades como la “Francisco Gavidia” y la “Modular Abierta”.

ENTREVISTA²

Ent. Comencemos con su experiencia de trabajo en el sistema de justicia. ¿Cuál ha sido su experiencia de trabajo en el sistema de justicia salvadoreño?

JBuruca. Inicié como Colaborador Judicial en el Juzgado Primero de Familia; [ahí] hice un interinato; después comencé a trabajar en el Juzgado Segundo de Familia, donde actualmente funjo como juez suplente. Además de ser Colaborador Judicial en el Juzgado de Familia, también fui Secretario de este mismo tribunal y [posteriormente] de ser Secretario de este juzgado, fui Juez de Paz en dos distintos tribunales; bueno, de hecho soy titular de un Juzgado de Paz y actualmente me estoy desempeñando aquí [Juzgado Segundo de Familia], por llamamiento de la Corte: estoy supliendo a la Jueza titular.

Ent. ¿Cuántas personas integran la oficina en la que usted trabaja actualmente?

JBuruca. Bueno, aquí hay seis colaboradores, más mi asistente, la secretaria, una persona () que () nos asiste administrativamente en el área de sustanciación () Hay otra persona, pero () no se le comprende como parte del tribunal () es de sistemas administrativos; hay [además] un ordenanza y una persona adicional. Además, una Procuradora de Familia que es adscrita; usted sabrá que institucional y administrativamente no [forma parte] del tribunal, [no obstante] desde el punto de vista socio-laboral, pues la consideramos como si fuera una más de nosotros. Si no me equivoco, en total serían once personas.

Ent. Aunque sea de manera rápida y de manera sucinta, pudiera decirnos usted: ¿Qué tipo de casos y diligencias o situaciones son las que atienden ustedes en esta sede judicial de este centro judicial integrado?

JBuruca. Bueno, [todo lo relacionado con] la materia de Familia () Eso comprende: divorcios, que son, quizás, el grueso de las decisiones que se toman en los procesos que ingresan; también hay procesos de Guarda y

2. Entrevista realizada por César Alí Espinoza. Redacción y edición a cargo de Guillermo Padilla Benítez.

Cuidado Personal, Pérdida de Autoridad Parental, Suspensión de Autoridad Parental, hay Declaraciones Judiciales de Incapacidad, por ejemplo: Diligencias de Utilidad y Necesidad, relacionadas con sus casos, y, en general, Diligencias de Jurisdicción Voluntaria, por ejemplo: rectificaciones, adecuaciones, por mencionarle algunas.

Ent. Apartándonos un poco de los plazos procesales establecidos en la ley: ¿Cuáles son los pasos del proceso de trabajo en la oficina que usted se desempeña?

JBuruca. Normalmente, una vez que se ha recibido la demanda o el documento que debemos de tramitar, se pasa -mediante un control- al Colaborador Judicial; éste () tiene el plazo de ley para poder resolver, ya sea: respecto de la admisión o respecto de resolver, si hay alguna situación de incumplimiento de algún requisito de la demanda o de la solicitud ([en cuyo caso] se le hacen las prevenciones a el(la) abogado(a) que la ha presentado; eso en principio.

[Perdón] no sé si usted quiere que me refiera a ¿cómo pasa el expediente al despacho del tribunal? Y si esto es así [le explico]. Justamente el Colaborador hace el proyecto, y una vez [lo elabora], lo pasa () al área de asistencia que tiene el juez. En este caso hay un asistente que es el que recibe todos esos expedientes y () toma control de los mismos, los pasa al despacho del juez, usted puede observar aquí [en el escritorio] están los expedientes que están pendientes de firma y de revisión de parte de este juzgador. Acá en el despacho, se revisan: si hay correcciones que hacer, el juez las hace; si considera que el proyecto está bien, pues lo avala con su firma y lo devuelve nuevamente, ya sea con las correcciones que haya que realizar o modificaciones que [deban efectuarse] a la resolución. [Seguidamente, el proyecto] se devuelve, [al o la] asistente del juez y es éste(a) [quién] se encarga de devolverlo para las correcciones correspondientes, o para continuar con la tramitación del expediente. De ese modo es como funciona. Nuevamente baja a la secretaría del tribunal y ésta entrega el expediente a cada uno de los (las) colaboradores (as), para que se continúe con la tramitación. Posteriormente, entraríamos a la parte de la notificación. Como nosotros, ya no tenemos un notificador asignado al tribunal, () se hace una elaboración de un formulario que es remitido y se remite justamente al área de notificación para que la resolución sea notificada; se espera hasta que estén todas

las actas -que sean devueltas-, para incorporarlas al expediente. Una vez incorporadas al expediente, el colaborador tiene que verificar que se hayan cumplido con los requisitos de ley, que se haya cumplido bien la notificación y, después de eso, debe de resolver lo pertinente. Por ejemplo, en caso de que se haya admitido, se deberá de observar si se hizo o no el emplazamiento de la parte que corresponde en este caso y verificar, esperar el plazo de ley, para que se conteste la demanda. Contestada la demanda, se sigue con el trámite.

Ent. ¿Cuál es la forma de presentar proyectos de resolución ante su autoridad? ¿impreso –en papel–, por medio electrónico?

JBuruca. Impreso en papel.

Ent. ¿Vía electrónica no hay ninguna remisión por parte de sus colaboradores?

JBuruca. No, aunque algunas veces yo lo que pido, frente a la necesidad de trabajar directamente en el documento, [es que] me presten alguna resolución en una memoria [USB –formato electrónico–] y de ese modo la puedo modificar en mi computadora personal o en la computadora asignada al juez. De este modo es que se trabaja; no hay, pues, un sistema establecido que yo tenga (.) Por lo menos [en] la práctica de este tribunal siempre ha sido así como la estoy explicando. El proyecto es de manera escrita y se trabaja sobre papel siempre.

El problema que he observado con esta forma de hacerlo [siguiendo el procedimiento acostumbrado], es que si adentro de la resolución debo de rectificar algo (señalar alguna modificación que deba hacerse, alguna fundamentación, etcétera) lo que sucede es que nuevamente [el proyecto] pasa a control del asistente y éste lo devuelve a sustanciación; [una vez ahí] hay que esperar hasta que se vuelva nuevamente a subir el expediente, y, [debido a] la carga de trabajo, el colaborador no siempre hace inmediatamente las correcciones, entonces, a veces pasa el día o hasta el día siguiente, para que el expediente vuelva a subir () Por el modo en que se efectúa ese trámite, [todo se hace por escrito].

Tenemos una computadora, que está aparte –como usted puede observar–, la cual perfectamente podría ser utilizada para ello [hacer todo el

procedimiento de manera digital] () Esa computadora () debiese estar en el escritorio del juez y –a mi criterio– debería haber todo un sistema que nos respalde; mejor dicho, que nos obligue a utilizarla [y nos facilite los procedimientos], pero no lo hay () El problema es que no hemos implementado el expediente digital y al no implementarlo –como al no haber, digamos, una política clara orientada al uso del expediente digital–, justamente nosotros seguimos con el expediente físico. Desde luego, pareciera que [la dificultad radica] en que no estamos preparados, y [creo que] de hecho no lo estamos; aunque tengamos tal vez herramientas tecnológicas, no estamos preparados para dar ese gran salto que implica pasar de la escrituralidad a un expediente eminentemente digital, donde trabajemos con escáner, con programas que una vez usted crea la resolución, puede incluso ponerle una firma digital; no tenemos eso, todavía no llegamos a eso () No obstante que, como usted sabrá, tanto la Ley Procesal de Familia, como el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, ya regulan la posibilidad de hacer notificaciones en forma electrónica –y desde luego también hay cierta normativa dispersa que regula la posibilidad de hacer ciertos trámites de ese modo–, sin embargo, todavía no lo hacemos

En mi criterio, hay cosas que no debemos dejar de ver en esta situación del expediente digital: el acceso a la justicia por parte del justiciable. En nuestro caso, en materia de Familia, sabemos que debe de acudirse por medio de un abogado, esto implica que [se debiese] crear una ley, ya sea reforma o adición a la Ley Orgánica Judicial –por ejemplo–, para obligar al abogado a que presente digitalizados o escaneados los documentos, con su propia firma, en un formato que podamos manejar () Porque el problema de acceso a la justicia, también implicaría ver casos en otros procesos donde la persona pudiera concurrir personalmente, pero en el caso de Familia ya es obligatoria la concurrencia con un apoderado dentro de los procesos; entonces, en el acceso a la justicia tendría que [analizarse] incluso la situación de las oficinas –por ejemplo, el caso de la recepción de documentos– pues la oficina debería tener también la posibilidad de digitalizar los documentos que no vengan digitalizados; pero el caso de los abogados podría ser obligar, [a través de] la norma, a que presenten ya digitalizados los documentos, para una mayor rapidez en la tramitación. Justamente, cuando el documento llega y es ingresado al sistema, eso debería aparecer

en todas las computadoras que estarían en red, pero no sucede así porque justamente no se ha orientado hacia el expediente digital. Entonces yo creo que ahí está el mayor problema nuestro, verdad en cuanto a la gestión judicial.

Ent. Retomando el tema de la digitalización o el expediente digital o el expediente electrónico ¿sabe usted en qué consiste el Modelo de Gestión Judicial Integrado?

JBuruca. [Personalmente] una capacitación, así concreta, no la tengo. No obstante, entiendo que hay áreas comunes, el área de sustanciación –por ejemplo– y, bueno, el área de gestión jurisdiccional propiamente, que es la parte donde el juez es el que resuelve, el que decide. Esas tres diferentes áreas son las que creo que deberían trabajar de manera integrada. Los documentos también, dentro de eso la parte de las notificaciones () Entiendo que se pretendía hacer un modelo de carácter integrado y que todas las oficinas funcionaran [de esa manera]: por ejemplo, notificación, pues se sabe qué es lo que debe hacer, y notifica tanto para un tribunal como para otros; en materia de Familia, somos ocho juzgados [o sea, cuatro juzgados y ocho judicaturas], aparte hay otros tribunales [que] también requieren del área de notificación. [En relación con las] notificaciones existe una regulación general sobre cómo deben de hacerse, por eso entiendo se le destinó a un área común, pues sirve a todos los tribunales. El área de sustanciación, sin embargo, no puede ser un área común para todos los tribunales, porque cada tribunal tiene sus propios colaboradores y debe de haber, en alguna medida, una interrelación entre el juez y sus propios colaboradores, basados también en la confianza () Eso, entiendo yo, que implicó la necesidad de mantener[los] dentro de un sistema; pues, lo que teníamos antes, usted sabe, éramos un sólo tribunal donde estaba no sólo el despacho del juez, estaba lo que ahora es sustanciación, también teníamos notificadores o citadores, en la misma área física; teníamos incluso equipo multidisciplinario, que hoy están aparte.

Ent. ¿Qué opinión tiene usted sobre el modelo de gestión judicial integrado? En términos generales ¿Qué opinión le merece a usted el modelo?

JBuruca. Es que el modelo en sí, puede funcionar, pero [para ello] tenemos que funcionar todas las áreas, [y hacerlo] coordinadamente, que es lo

que a veces no sucede. A veces, por ejemplo, he tenido casos acá de notificaciones, donde el “acta” viene enmendada en la parte de la fecha –por ejemplo–, [pero] no se salva la enmendadura y eso puede dar lugar a considerar: –bueno, ¿qué pasó aquí?– () Eso, quiérase o no, afecta en alguna medida la probidad, lealtad y buena fe que debe darse en los procesos.

En las áreas comunes, por ejemplo, supongamos que la persona que atiende un área no está, no señala, no da lineamientos generales de cómo deben de hacerse las cosas, ¿qué sucede? Tenemos problemas, yo [o cualquiera de mis otros colegas] tengo [tiene] que hablar con esa persona o con el notificador para que explique o aclare por qué razón esa “acta” trae esas modificaciones () o no se hizo adecuadamente; esto puede dar lugar a que se le dé una especie de () facilidad a otras personas, lo que implicaría una desigualdad de las partes dentro de los procesos. Esto es una de las [dificultades] que hemos verificado. Otra es que, a veces, se manda una notificación con un notificador, y se hace, [en cambio] se envía con otro notificador [y] no se hace; pareciera [que este] es un problema de carácter administrativo, [para] verificar qué pasa: hay uno que hace muy bien su trabajo y otro probablemente no lo esté haciendo bien. Estos son algunos de los problemitas que uno observa.

Entonces, el modelo integrado implica que cada área haga su función, trabaje con celo, mayor celeridad, con mayor rapidez y entregue a tiempo también su trabajo, pero a veces lo que se nota es –por ejemplo– que algunos notificadores hacen las notificaciones mucho más rápido, otros las hacen más lento, otros nunca las hacen, o sea que hay que estar pidiendo las cosas. No sé si usted observó en la parte de la secretaría, parece ser que la Secretaría es una especie de embudo, ahí como que se detienen las cosas; lo que tenemos que aligerar nosotros es la carga de la Secretaría y ésta, a su vez, tiene que aprender a delegar para que las cosas funcionen mucho más rápido. Si las cosas funcionan mucho más rápido, evitamos que la gente venga a estar preguntando por sus expedientes, [lo cual es un] problema. De pronto usted tiene a muchos usuarios allá [en Secretaría], queriendo saber por sus expedientes, pero si usted ya les ha notificado, no hay necesidad de que las personas vengan; entonces usted ve más libre, ve menos congestiónamiento en el tribunal, en atención al usuario, por ejemplo.

Ent. Sobre este último apartado, del acceso de la información –digamos– el acceso a la información por parte de los usuarios; queremos preguntar sobre la información de interés para los usuarios externos: ¿Siempre está disponible de manera digital esa información?

JBuruca. No, es que de manera digital no. Casi nadie tiene acceso a información digital y la única que se digitaliza, digamos, está en la base [de datos] que está en Sistemas Administrativos, y, generalmente quién tiene acceso a esa información es el juez y también la secretaria del tribunal. Entonces, hay que llegar a la secretaría del tribunal para poder acceder a la información; pero hasta donde entiendo, no hay nadie que ingrese vía internet o por una red interna a la base de datos.

Ent. ¿Los puntos de consulta informática, por ejemplo, [las computadoras de] los de la primera planta?

JBuruca. () Pido disculpas por la ignorancia, realmente no sé si allá se puede acceder; tendría incluso hasta que consultarlo, porque no lo sé si se puede acceder desde esa computadora. Lo que sí sé es que el único acceso es de parte del tribunal, [y éste] también puede acceder –en alguna medida– [desde] esas dos computadoras que están allá en el área de sustanciación, al resto de los tribunales de Familia (y en todo caso únicamente a los de San Salvador), porque de ahí no se puede consultar de otras áreas.

Imagínese [que] yo quisiera saber, si este caso [un caso determinado] entró en otro tribunal, en San Miguel –por decirle algo– [y allá] fue declarado improponible; [eso] yo no lo puedo saber, porque aunque vaya a esa computadora, la información está habilitada nada más a esta área de los tribunales de San Salvador. Entonces no puedo saber si en San Miguel, en Santa Tecla o en Santa Ana, se incorporó –digamos– esta misma demanda; hay casos en los cuales uno necesita esa información. [Hay] veces que () alguna resolución me llama la atención y decido hacer una llamada telefónica a la persona que está encargada de Sistemas Administrativos, para que me averigüe si ahí hay un caso similar, y alguna vez he descubierto () cosas: que a lo mejor se presentó en otro tribunal, [en el que] se declaró improponible o improcedente o –qué se yo– inadmisibile y entonces lo están presentando nuevamente [y] del mismo modo. [Estas] son cositas que

a uno le gustaría saber, que [le] gustaría que el mismo sistema –un sistema realmente digital, un sistema electrónico– una vez que una demanda ingresa nuevamente () [indique] por () que ya se presentó. Imagínese usted que [el otro tribunal] haya resuelto algo.

Aquí hay otra situación –usted como abogado debe de saberlo–: que a veces se presenta una demanda que, digámoslo así, en Santa Tecla ya le pasó el tiempo a la parte demandada para contestar la demanda; [se] presenta la demanda en otro lugar, aunque sea éste incompetente, ¿para qué? Pues para entrar en el proceso, para que vía acumulación, siempre llegue a Santa Tecla –¿me comprende?–; y frente a eso, desde luego, no hay regulación, pues justamente aquél [que] presenta una nueva demanda aquí, promueve sus pretensiones, aunque tuvo el tiempo para contestar la demanda en el otro proceso –o no hizo uso del plazo de ley para contestar demanda, no contestó, o lo hizo extemporáneamente–, entonces [lo que] le queda a esta persona para () poder llevar sus pretensiones al proceso es presentarla en otro tribunal, aunque éste sea territorialmente incompetente: me la presenta a mí y ¿qué voy a hacer yo? ¡Ah!, como dice que es de Santa Tecla, lo remito para Santa Tecla para acumulación, y así es como entra [nuevamente al proceso] () [El] caso –de acumulación–, más que todo, es donde a veces, uno necesita información, [para] saber si tenemos otro proceso en relación con este.

A veces uno se viene a dar cuenta [de situaciones como la mencionada] cuando el proceso ya está bien avanzado, y ya hemos hecho diligencias; desde luego, es preferible mejor hacer la acumulación desde un principio, [en lugar de] que [dos o más] tribunales hagan un montón de diligencias, por su cuenta, probablemente las mismas diligencias () [Eso lleva a] gastar más recurso, más tiempo, es decir, no hay una economía ni procesal, ni desde el punto de vista económico, propiamente () En eso [considero que] sí hemos fallado, porque completamente la información digital, hasta cierto punto está limitada para uno como juez. Porque yo no tengo aquí todo, la posibilidad de acceder a toda la base, [debería] haber quizás un servidor central, donde pudiéramos hacer esas consultas a nivel nacional, pero entiendo que aquí, en el caso que uno ingrese al sistema, [la consulta] sólo [se puede hacer] a nivel local, verdad.

Ent. En términos generales, comparando el funcionamiento del modelo de gestión judicial integrado –tal y como está funcionando aquí, en este centro judicial– con los otros modelos: el modelo celular y el modelo modular –que entiendo que usted ha tenido experiencia en el modelo celular– ¿Diría usted que hay diferencias? ¿Cuáles son esas diferencias sensibles de cómo está funcionando este centro judicial, con respecto de aquellos otros modelos ¿Cuáles son esas diferencias más notorias o más sensibles?

JBuruca. Le voy a hablar de un caso en particular, el que más he notado. Cuando se trabaja en un tribunal en donde todos los componentes están ahí mismo, hay mayor facilidad, mayor acercamiento, mayor intermediación –podríamos decir–, en relación con las personas que realizan distintas funciones; () En el caso de los equipos multidisciplinarios, por ejemplo, es quizás donde [más] he visto ese alejamiento: aquí [en el Centro Judicial Integrado de Derecho Privado y Social] el contacto que tenemos con ellos es más que todo vía informes; pero [no] un contacto personal, [en el que] yo pueda hacerle preguntas [a los miembros del equipo], sin necesidad de estar pidiendo un informe; [eso es algo que] yo lo he visto acá como una deficiencia ahora. Hay cosas que antes [en otros modelos judiciales existentes] se podían hacer mucho más rápido, pero ahora [para] lo que tengo que hacer siempre [debo] librar un oficio a un área común; antes yo no hacía eso, es decir, antes como formaban parte del mismo tribunal, se daba la orden en la resolución y se notificaba y hasta ahí.

Hoy, normalmente, ¿qué es lo que se hace? Bueno, se pide el informe, se hacen las notificaciones siempre, pero hay como un alejamiento físico, y ese es el primer problema que yo le veo; es más, no sé si usted se ha percatado, hay un área de sustanciación que está en la segunda planta de este tribunal, y el despacho de los jueces está en la cuarta planta, eso –en alguna medida– hace que yo no sepa qué está pasando ahorita, en este momento, allá en la parte de sustanciación, y [para] saberlo, tengo que bajar –¿me comprende?–. Sí, justamente, es importante decir que el juez debe estar concentrado en su labor jurisdiccional aquí en el despacho, pero, en alguna medida también, hay ciertas cosas que implican una relación personal entre el juez y el componente humano que tiene el tribunal, y eso –en alguna medida– como que se ha ido perdiendo. En nuestro caso, entre las dos áreas –el despacho, como también el área de sustanciación–, sí se mantie-

ne alguna unidad, pero ya con las áreas comunes, ese contacto como que se pierde; y no es lo mismo el contacto que yo tenía –por ejemplo– con el notificador –que es lo que sucedía antes–, con el trabajador social o con otras áreas que ahora están formando parte de las que llaman áreas comunes; se dan ciertas dificultades, que se deben de resolver a nivel de las jefaturas de las diferentes oficinas: hay que estar conversando con la persona que coordina el área de notificación o con la persona que coordina en el área de equipos multidisciplinarios o con el área de mediación; entonces, no hay esa cercanía que sí lo permite el hecho de que yo [como juez] tenga a la par a los colaboradores.

A pesar de eso, la interrelación que debe existir entre el juez y sus colaboradores, que se mantiene todavía, () depende también, pienso yo, de la actitud del juez, porque uno aquí [en su lugar de trabajo] se encierra, [el despacho se convierte en su conchita (), y hay poca interrelación con su personal; por eso, creo que uno [como juez] debe procurar mantener eso [la interrelación], porque de otra manera, se pierde; se pierde esa relación y vemos las cosas ya de otro modo, hasta el punto que perdemos de socializar.

Ent. ¿Esa interrelación, esa necesidad de socializar y esa necesidad de trabajar coordinadamente, de actuar coordinadamente en el Centro Judicial Integrado, pudiera solventarse a través del trabajo en red a través del tema este del expediente electrónico?

JBuruca. Es que en esencia el trabajo en red, lo que va a posibilitar es mejorar realmente la resolución, hacerlas mucho más rápidas. Pensemos ya no en el juez que está sentado aquí en el despacho. Imaginemos que tengo mi tablet, yo pudiera estar en una capacitación, y si tengo acceso inalámbrico a internet y puedo entrar a un sistema con mi propia contraseña () no necesito venir a mi despacho para poder revisar una resolución; puedo estar en otro lugar, atendiendo otras cosas, e ingresar al sistema. Desde luego, acá algunas personas consideran que se les está, incluso hasta vigilando por las cámaras [instaladas] en el edificio. Entonces, algunos creen que tienen que venir temprano al tribunal e irse después de las cuatro, porque [suponen que] lo están vigilando: qué es lo que hace, si nomás viene a ver; y [eso] no es que esté mal, está bien, porque la obligación del servidor

público es estar en su oficina. [Sin embargo] pensemos en esto: no siempre voy a estar en mi despacho, alguna vez soy llamado a capacitaciones, alguna vez estoy en otro lugar –siempre ejerciendo como juez– () pero si yo tengo la posibilidad de poder ingresar vía internet o por un sistema de red local, entonces, yo no pierdo tiempo. En caso contrario, ¿qué sucede? Si no vengo al despacho, aquí se me están acumulando los expedientes.

Yo sí creo que, justamente, el trabajar con un sistema digitalizado nos va permitir, hoy en día, que no perdamos tiempo y justamente, que las personas tengan su resolución a tiempo () hacia eso debemos de ir, esa debe ser nuestra meta y no tanto presionar al juez [para] que esté en su despacho, físicamente(); ahí es donde tenemos que entrarle, a eso es lo que tenemos que apostar: al uso de la tecnología (), [para que] el juez pueda ir sacando esas resoluciones a diario () Hay días –a mi ya me ha pasado– que uno no puede subir al despacho; por ejemplo, el día de ayer no pude subir a mi despacho, me quedé haciendo las audiencias, terminé tarde, y no pude subir a mi despacho; pero si yo [tuviera] una computadora allá en mi sala de audiencias, yo puedo acceder, y revisar, sin necesidad de estar aquí en mi despacho. Y eso es lo que veo, que nos falta utilizar los medios tecnológicos que nos permitan aprovechar al máximo los mismos, para que esto avance, porque de lo contrario, si no los manejamos () sólo será posible atender cierto número de expedientes, porque es imposible que usted esté en audiencia y al mismo tiempo revisando expedientes en forma física.

Ent. Quiere decir que, en la actualidad, la mayor parte de jueces y juezas, la mayor parte de colaboradores judiciales y secretarios, pudieran perfectamente continuar haciendo su trabajo como lo están haciendo, prescindiendo de una red informática, prescindiendo de un sistema informático que conecte en red todas las computadoras; es decir, ¿el trabajo se está haciendo, prescindiendo –porque no hay– de un sistema informático en red, que conecte localmente todas las computadoras de todos los profesionales que trabajan aquí?

JBuruca. Aparentemente la respuesta es sí, pero si usted observa cada día, el trabajo sigue aumentando. Y, entonces, va llegar un momento en el que esto va a colapsar (); [probablemente] hay tribunales en el interior del país que quizás ya han colapsado; yo veo que hay, por ejemplo, audiencias que se van señalando a tres meses, a cuatro meses: eso es mucho tiempo () En

esto, la actitud del juzgador y también de sus colaboradores son parte del problema.

Yo no le voy a hablar por los demás tribunales, yo le voy a hablar por el mío; en nuestro caso, hemos procurado mantener una dinámica de trabajo que implique hacer lo más rápido posible, con lo que tenemos; pero si yo tengo una herramienta tecnológica que me facilite, mucho mejor para mí. Eso es lo que quiero plantear, es decir: se puede seguir trabajando así como hemos estado trabajando; pero si hay herramientas tecnológicas y se le da la capacitación necesaria al personal para que la maneje, será mucho mejor y menos estresante incluso para el tribunal () [Si bien no ocurre a diario] siempre, pero sí hay casos en los cuales, el colaborador debe de quedarse después de las cuatro de la tarde; hay quienes vienen los sábados y algunas veces [hasta los] domingos. Y esas horas son horas de descanso, que deben de servir para la persona, y no a [dedicarlas para] trabajar.

Piense usted en una persona que entra a las ocho y sale a las cuatro, en un horario laboral normal. [Por trabajar] fuera de ese horario debería de haber una paga extra para el trabajador, y yo entiendo que aquí no lo hay, ni la ha habido en el juzgado que yo he atendido, porque allá uno siempre está de turno y, ni modo, ahí ya se sabe que así tiene que ser. Sin embargo, hay tribunales, como los juzgados de sentencia, en donde sí se les da [alguna retribución], yo me voy de espaldas cuando llego al tribunal de sentencia y veo que están pidiendo comida para mí. ¿Y por qué? [les pregunto] Es que es que tiene derecho [responden]. ¿Y con base en qué? Es que mire, siempre ha sido así. Y ya me mostraron: –¡ah bueno, está bien!–. ¿Por qué los tribunales de paz no tienen? Les digo yo –¿me comprende?– entonces, y uno dice, bueno: ¿Por qué es así, en este lugar sí y en otro lugar no?

Entonces, justamente es lo que sucede, que hay personas que se quedan trabajando después de las cuatro de la tarde, para sacar el trabajo, pues yo quiero que salga el trabajo, y yo le voy a llamar la atención, porque usted sabe que tenemos herramientas con base en una ley: la Ley de Servicio Civil, o sea que puede suceder. Entonces, ¿qué es lo que hacemos? Maximizar el tiempo. Yo les digo: “Miren, no haga una resolución [en la] que escriba demasiado”: váyase a la esencia, sin que falte la fundamentación –tanto la () fáctica como [la] jurídica– pero, no escriba demasiado–. Le

decía la vez pasada, en relación con la oralidad: yo podría –quizás– estar dando mejor la resolución allá [oficina de sustanciación], a que estén grabando, a que me estén tomando una acta. Y aquí [en el Centro Judicial Integrado] ahí está el equipo [de audio], pero nadie está grabando o no sé quién lo haga –puede ser que alguno que haga–. Sé de un tribunal en La Paz, que [si lo] hace [utiliza el equipo de audio] () con base en un software que les ayuda; pero es como una isla pues. [Personalmente] he tenido ese interés de ir y verificar ¿cómo se hace?, para –a lo mejor– traer ese idea e implementarla, pero no hay como una política orientada a que lo hagamos todos los tribunales.

Entonces, ¿qué es lo que hacemos? Maximizar el tiempo y recursos. Yo les digo: “Miren, no haga una resolución [en la] que escriba demasiado: váyase a la esencia, sin que falte la fundamentación –tanto la () fáctica como [la] jurídica–, pero, no escriba demasiado. Le decía la vez pasada, en relación con la oralidad: yo podría –quizás– estar dando mejor la resolución allá [sala de sustanciación], a que estén grabando, a que me estén tomando un acta. Y aquí [en el Centro Judicial Integrado] ahí está el equipo [de audio], pero nadie está grabando o no sé quién lo haga –puede ser que alguno que haga–. Sé de un tribunal en La Paz, que [si lo] hace [utiliza el equipo de audio] () con base en un software que les ayuda; pero es como una isla pues. [Personalmente] he tenido ese interés de ir y verificar ¿cómo se hace?, traer esa idea e implementarla, pero no hay como una política orientada a que lo hagamos todos los tribunales.

Ent. Sabemos que ya existen dos Centros Judiciales Integrados que están funcionando –por lo menos– así se han declarado: Soyapango y el Centro Judicial Integrado donde nos encontramos, el de Derecho Privado y Social. Sobre la base de esos dos centros judiciales que están funcionando: ¿Qué valoraciones puede hacer usted sobre el modelo de gestión judicial integrado tal como se ha implementado en El Salvador?

JBuruca. Hay ciertas cosas que tenemos que ir las aprendiendo en la práctica, y yo creo que deben de mejorarse, justamente esta investigación es para eso ¿O no? Justamente para ver dónde están las deficiencias y de ese modo mejorar. Hay cosas que nos afectan () y directamente () Piense usted en el colaborador que sube, esas gradas, dos pisos hacia arriba. A mí

me ha llamado la atención: ¿Por qué el edificio? [Si] usted observa, allá del otro lado hay ascensores, pero normalmente estos muchachos suben por las escaleras; hay dos ascensores para juez, pero tienen código. En ocasiones me pongo a pensar: bueno ¿Por qué no haber hecho, quizá, () el área de sustanciación y despacho del juez [de forma] unida, y las otras áreas, las llamadas comunes, justamente así como están. Personalmente, uno ya estaba acostumbrado al otro sistema y [resulta] difícil llegar a adaptarse a este sistema –al nuevo–. Si usted piensa en la cuestión de la asignación de las salas de audiencia, que también están separadas, el juez y el personal se tienen que desplazar hasta allá. Entonces, como que la cuestión física no implica, en sí misma, integración, no sé cómo decírselo () Desde ese punto de vista, uno dice mire: no, realmente estamos desintegrados; porque un área por allá, la otra por allá. Ahora [bien]: ¿Qué nos iba a integrar? Pues se supone que el uso de la tecnología ¿no?, pero no sé cómo lo vieron realmente, [pero] cuando uno ve aquí ya el sistema montado, en lo físico, es que uno ve el problema. Por ejemplo, yo no puedo llamar a un notificador y decirle: “notifique esto inmediatamente ya”; no puedo, tengo que hacerlo mediante el formulario correspondiente y el coordinador se encargará de hacer la asignación.

Hay situaciones, pues, que lo limitan a uno; y una de ellas es, además de eso [lo antes mencionado], que a veces consideramos () o pretendemos que la gente también actúe como robot. No, no es así; si es que somos seres humanos, y la integración parte también de esas relaciones interpersonales que deben de existir entre nosotros. Usted fíjese en este sistema, ¿qué sucede? El juez aparte en su oficina y en lo más alto. El colaborador en la segunda planta, en lo más bajo, es el que tiene que subir porque el juez no baja, yo no soy el que voy a bajar o a subir con los expedientes, si yo bajara, yo les pediría: “bájenme al despacho de sustanciación” ¿No sé si me comprende lo que quiero decirle? ¿Por qué? Porque no vemos el componente humano. Y en este punto, aquí, en la parte física, es el problema; yo creo que en lo demás, en la teoría, el modelo integrado es correcto. Pero ya en cómo lo diseñamos, justamente en lo físico, es en donde está el problema.

Ent. ¿Y será que la separación física puede ser superada con un sistema de red, de lo que hablábamos, del expediente electrónico?

JBuruca. Es que eso es precisamente lo que debería de hacerse, ayudaría muchísimo, pero creo que el componente humano es importante considerarlo, porque justamente cuando no se da eso, perdemos esa sensibilidad humana que tenemos, especialmente en nuestra área. En el área del Derecho de Familia, nosotros trabajamos con personas, distinto [de lo que sucede] en el área de Civil, que hablamos de inmuebles, de cosas, pero aquí estamos hablando de personas. Entonces, [en relación con] la integración, nosotros necesitamos mucho más, pero no sólo la tecnología, sino que, también, el nivel de socialización que debemos de tener.

Desde luego, usted sabe que en todo tribunal hay problemas: hay que lidiar con diferentes caracteres. Quizás es mucho más fácil trabajar con once personas [que somos las que conformamos este tribunal] que con veintitrés –número de personal que había en los tribunales– y quizás este fue el objetivo, en alguna medida, de la separación de las áreas comunes, para que la carga del jefe en la oficina fuese menor; pues hay una carga emocional que siempre manejamos los jefes, particularmente el juez. Siempre se ha pretendido que el juez no tenga esa carga emocional, en relación con la parte administrativa; porque justamente el juez debería estar resolviendo, pues ese es su trabajo () Esa es la razón por la que, creo yo, [los jueces] estamos acá y allá esté sustanciación. [Es el punto donde el] componente de la tecnología nos ha fallado, nos han dado el instrumento, pero: ¿Qué [sabemos] hacer con este instrumento? ¿Estoy capacitado o no, para sacarle provecho? Ese es el problema.

A nivel de software, por ejemplo, hay una herramienta que me permite a mí comunicarme con mis colaboradores, sin embargo unos lo utilizan, otros no. El punto y el problema es que si nos obligan al uso de las herramientas [tecnológicas], tenemos que hacerlo; pero, si no nos obligan, yo le digo: “eso no me sirve”. A mí en lo personal no me sirve, porque aunque esté el medio tecnológico, no tengo un software, yo preferiría quizás () poder ver el expediente acá [en la computadora], que estarlo viendo ahí [en físico]. Si usted va a preguntar –digamos– a todos a todos los jueces: ¿Tenemos la capacitación en materia de computación? [Probablemente la respuesta sea] No, pues algunos apenas están aprendiendo a utilizar, una computadora. No tenemos esa capacitación, debe de dársenos y sí ha habido, porque sí ha habido capacitaciones en esa área, en el área del Órgano

Judicial, pero ha sido muy limitada; y además de eso, no se nos exige. [De]Un colaborador, lo que necesitamos [es] que sepa es de ley, pero que sepa de esto [manejo de computadoras y algunos software], no. Y entiendo que no se le evalúa sobre eso, pero debería. Ese componente debería ser ya un componente importante para las personas que ingresan al Órgano Judicial. El cambio no lo vamos a ver ahora, o dentro de un año; estamos hablando de [algunos] años. [Lo ideal] sería que usted [el nuevo empleado del Órgano Judicial] traiga aunque sea un curso de computación; pero hay gente que nunca ha tocado una computadora.

Ent. ¿Qué le gusta y qué no le gusta del Centro Judicial Integrado de Derecho Privado y Social o del modelo de gestión judicial integrado?

JBuruca. Yo creo que la atención al usuario es muy buena (). [Me parece que] uno tiene que pensar más en el usuario, que en uno; antes de la comodidad de uno, la comodidad del usuario. Piense usted que viene por primera vez a este edificio, son cinco o cuatro plantas, y no sabe ¿dónde va a ir? Entonces, es bueno que [haya] alguien que atienda al público, que le informe dónde va: “usted tiene audiencia en tal parte, véngase, es acá”, “usted se va a ubicar aquí”. Eso, para mí, es excelente, que pensemos en los usuarios; igualmente me parece que pensemos en el componente humano que trabajamos aquí, y es la parte deficiente, creo yo () [especialmente] por el hecho de que le explicaba hace un rato: la separación física que se da.

Otra ventaja, es la accesibilidad: el lugar donde está. ¡Ah! Pero también hay otro problema: el parqueo. Hay parqueo, pero es utilizado prácticamente sólo por los empleados y los jueces, pero no hay para los usuarios. Otra cosa buena es hay ascensores para público y para los jueces. [No me parece] que el empleado esté utilizando el ascensor del usuario, [pues] permite que salga hacia el área externa, [y] eso creo que no está bien. Los jueces tenemos dos ascensores; yo considero que uno debería ser utilizado por los jueces y otro por el personal, en esta área interna, y que no salgan tanto. Creo que sí, es bueno mantener la separación en el despacho judicial, así como está [en este momento] entre el asistente del juez y el juez. Pero creo que () se podría rediseñar esto [el edificio] en este sentido: con el desalojo de algunos tribunales, hombre. Hay suficiente espacio ya para que se pue-

da remodelar, pues el problema mayor que tenemos es el hacinamiento () vio como estamos allá (), el área de sustanciación, allí tenemos –como decía– 6, 7, 8, 9 personas, que trabajan sentadas allí en su escritorio, más un ordenanza, 10 personas; usted va a allá abajo, y verá el montón de cajas aquí, montón de cosas por allá (.) el área se redujo. [Esto] también tiene que ver, con el hecho de que () hubo un proyecto piloto de tribunales pluri-personales, de hecho así nos mantenemos –¿verdad?–. Si usted va a ver el área asignada en este edificio para juzgados unipersonales, es un área mayor; en cambio a nosotros nos asignaron esa misma área pero para dos tribunales, entonces nos redujeron en el espacio físico. Aquí debe de haber una ampliación en el espacio físico. Este problema genera estrés y así [todo] se vuelve más problemático.

Ent. En el caso que usted fuera asesor de la Corte Suprema de Justicia, que usted se desempeñara como asesor de la Corte Suprema de Justicia, además de los cambios que ha mencionado ¿Qué otros cambios aconsejaría en materia de Centros Judiciales Integrados?

JBuruca. Mire yo sí creo que deberíamos de copiar la parte esa del modelo celular: el área de sustanciación y el despacho judicial, deberían () conformar una sola unidad, y no sólo una unidad, desde el punto de vista teórico, sino también física, porque aquí creo que hemos perdido un poquito eso; además de esto, si se va a construir debe de haber suficiente espacio. Lo otro es que, yo creo que al menos en materia de Familia () sí me parece a mí que el expediente debe ser manejado por el tribunal directamente y no por (otra) oficina (), porque todo se vuelve un problema burocrático () [Esto se solventaría]si yo hubiese un expediente digital, no se necesitaría esa otra oficina () Al tener un expediente digital, yo lo manejo sin ningún problema, y esa oficina para guardar papeles, mejor debería destinarse para la atención al usuario. [Con] el expediente digital, la persona desde su casa podría ingresar () vía internet, para () consultarlo () inmediatamente que [se da] una resolución al tribunal, inmediatamente ¡pum! se le dé la notificación a la persona, que pueda verlo en un teléfono, porque en los teléfonos actualmente, especialmente los teléfonos inteligentes, usted puede observar ahí la resolución, sin mayor problema y sin moverse de su casa, de su trabajo ()

Ent. Bueno, agradezco mucho el tiempo y todo el esfuerzo.

JBuruca. Va a disculpar que en unas cosas me extendí, pero lo importante es que quizás, en alguna medida he procurado transmitirle a usted lo que mi práctica () Dios quiera que en realmente sepamos utilizar los recursos que se nos brindan () Sabe qué, quizás hay algo que yo quisiera se ponga ahí en la parte de la mejoría: el uso de un código de barra, () una especie de escáner, eso nos hace falta también, eso integrado junto con un sistema electrónico () En los países desarrollados, usted sabe que eso es lo que se utiliza hoy en día; bueno, España trabaja ya con el expediente digital nosotros no, pero algún día lo vamos a hacer Lic., vamos a esperar a que un día lo hagamos, ya voy a estar algo viejito yo pero (risa).

Informe de resultados del Taller de consulta con usuarios: Jueces y Magistrados, Diagnóstico de la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del Consejo Nacional de la Judicatura.

Implementado por la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” con el apoyo de USAID-EL SALVADOR a través del Proyecto de USAID Fortalecimiento del Sector de Justicia.

Febrero 21, 2014.

I. CONTENIDO DEL INFORME

A. OBJETIVO DEL TALLER DE CONSULTA

Identificar información valiosa para el análisis del diagnóstico situacional que actualmente se desarrolla para la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” (ECJ) del Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ), siendo los temas establecidos y consultados: necesidades y expectativas de los usuarios, eficacia de la capacitación y la mejora organizacional de la ECJ, desarrollando 4 preguntas para cada tema, siendo un total de 12 preguntas desarrollado a diversos grupos de jueces y magistrados que han participado en actividades de formación en nuestra Escuela, y de los cuales se escogió al azar una muestra poblacional aproximada de 25 participantes, que ostentan el cargo de juez o magistrado.

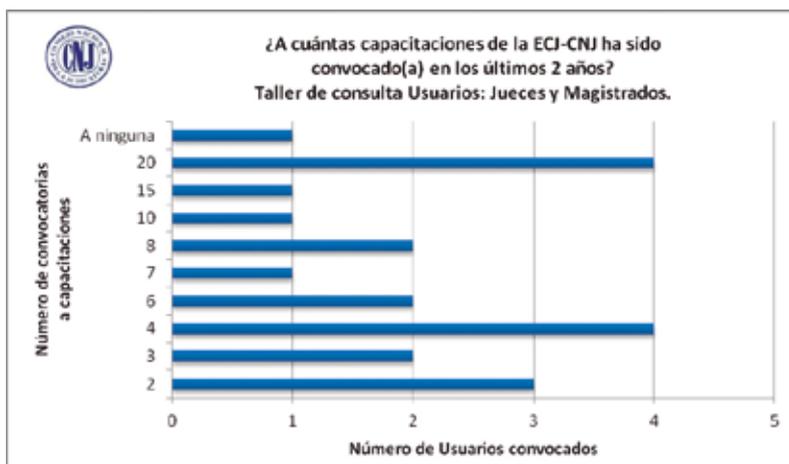
B. RESULTADOS OBTENIDOS

Como parte fundamental para el Diagnóstico Situacional que actualmente el Programa de Fortalecimiento del Sector de Justicia que USAID se encuentra realizando para la Escuela de capacitación Judicial ECJ “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del Consejo Nacional de la Judicatura CNJ, se listaron una serie de preguntas a los participantes que aportarán un alto valor a la calidad del documento de Diagnóstico que se presentará a las autoridades del CNJ.

A continuación se presentan los resultados obtenidos del taller de consulta con los Usuarios representados por los Jueces y Magistrados participantes del taller:

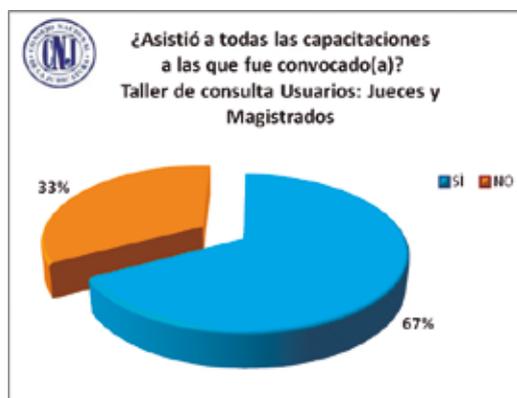
NECESIDADES Y EXPECTATIVAS DE LOS USUARIOS

1. ¿A cuántas capacitaciones de la ECJ-CNJ ha sido convocado(a) en los últimos 2 años?



Del total de 23 Jueces y Magistrados asistentes al taller de diagnóstico, 4 recibieron 20 convocatorias para asistir a capacitaciones durante los últimos 2 años, mientras que 4 participantes declararon haber recibido 4 convocatorias y 3 dijeron haber recibido 2 convocatorias. El resto de participantes expresó haber recibido entre 3, 6, 7, 8 ó 10 convocatorias. Del grupo únicamente uno expresó no haber recibido ninguna capacitación.

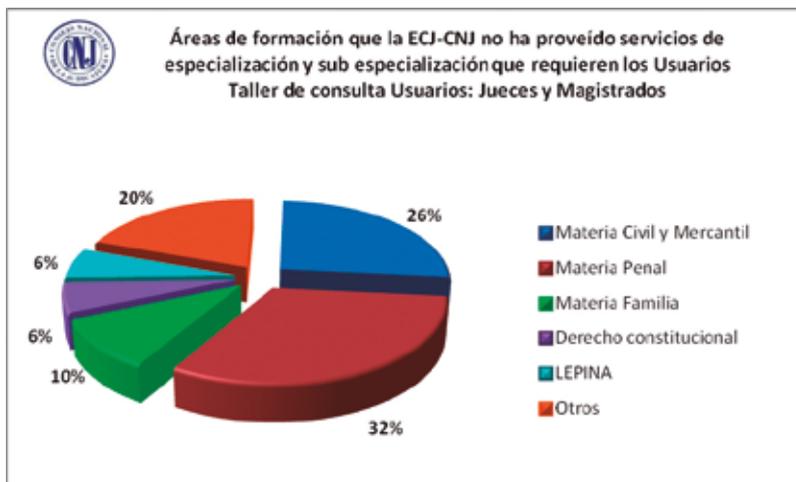
De los 23 usuarios que fueron convocados a capacitaciones, 14 asistieron (representados por el 67%) y 7 no lo hicieron (33% restante). 2 participantes no opinaron al respecto.



Los motivos de su no asistencia y otros comentarios enunciados por los Jueces y Magistrados, se describen a continuación:

- El motivo es por la celebración de audiencias.
- Por tener actividades programadas (audiencias).
- La Corte no brinda juez suplente para un día y cuando se ha tramitado el permiso se nos dice que podemos ir “sin” suplente, ello complica por la suspensión de audiencia.
- No asistí a una por motivos de salud.
- Problemas de tipo laboral, en el sentido que tenía audiencias o cualquier actividad de tipo laboral.
- Algunas veces no a todo el curso, pues me he visto en el caso que tengo continuación de vista pública en más de un día programado para capacitación.
- Permiso personal, solicitado antes de la convocatoria al curso.
- Por trabajo, audiencias o diligencias en términos (reo presente).
- La carga laboral exactamente en el juzgado.
- Gracias a Dios que he tenido muchas capacitaciones que se me ha brindado por la escuela de capacitación.
- Siempre asisto a las capacitaciones que me convocan.

2. ¿En qué áreas de formación la ECJ no le ha proveído servicios de especialización y sub-especialización que Usted requiere? Favor ser lo más explícito posible.



De acuerdo a datos evidenciados en la gráfica, los Jueces y Magistrados describieron sus necesidades de capacitación en las siguientes especialidades y subespecialidades:

❖ **32% solicitan temas en materia Penal, tales como:**

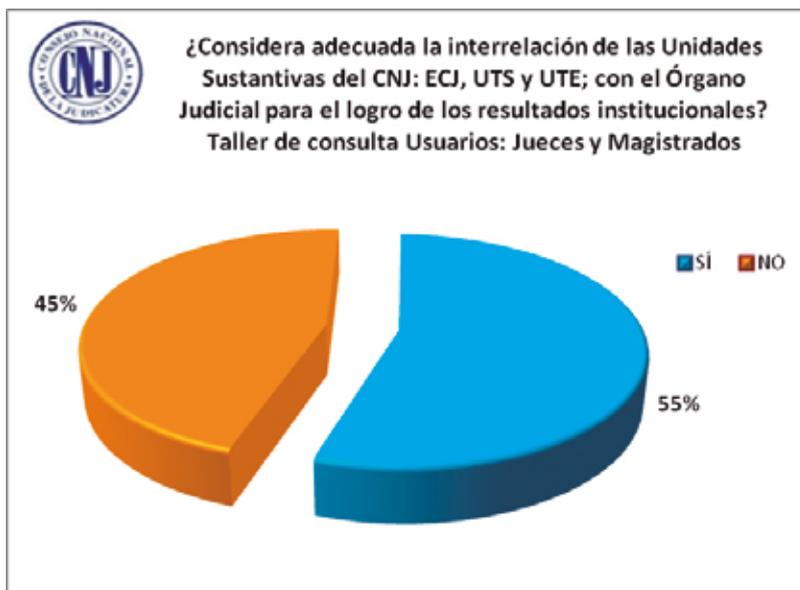
- Recursos en materia penal.
- Derechos de autor-ámbito penal.
- Los delitos relacionados con la ley de drogas.
- Sobre los delitos de la ley de escuchas telefónicas y de bancos “lavado de dinero”.
- Sobre los delitos de la ley de bancos “lavado de dinero”, activos y de otras leyes especiales.
- Sobre el delito de trata de personas.

- Procedimiento abreviado.
 - Pruebas.
 - Recursos.
 - Estudio de artículos principales que se relacionan con el área penal.
 - Derecho penal, derecho probatorio en área penal, prueba ilícita, ilegal vista pública y posibles problemas jurídicos que se pueden dar dentro del desarrollo de la vista pública.
 - Casos prácticos de derecho penal y procesal penal.
 - Escuchas telefónicas.
 - Sobre crimen organizado.
 - Sobre los delitos de la ley de actos de terrorismo.
 - En el nuevo código procesal penal
- ❖ **26% en materia Civil y Mercantil, los temas propuestos fueron los siguiente:**
- Soy juez de paz, al entrar en vigencia el código procesal civil y mercantil, nunca recibí servicio de sub especialización en el ámbito de competencias (procesos conciliatorios).
 - Responsabilidad civil.
 - Acción civil.
 - Reclamación de daños en materia de tránsito.
 - Responsabilidad civil del estado en materia de tránsito.

- Área civil, mercantil.
 - Incidencia del código civil en el ámbito penal.
 - Derecho privado civil, mercantil, marítimo, derecho informática.
 - Derecho mercantil.
 - Proceso civil y mercantil, no he recibido la capacitación amplia y suficiente.
 - En mi caso como juez penal, subespecialización de derecho civil, mercantil, etc.
 - No hemos visto casos prácticos de la legislación civil y mercantil (nueva normativa), que debería llevar a una aplicación de la ley de forma uniforme, por los jueces y magistrados del órgano judicial.
 - En el área civil y mercantil no fue suficiente la capacitación recibida ya que para nosotros la oralidad era nuevo y hemos aprendido en el momento que nos toca resolver en cada caso.
- ❖ **Otro 10% requieren capacitación en materia de Familia, según detalle:**
- Área de familia (violencia intrafamiliar) no se nos ha especializado en leyes de protección a la niñez y la mujer.
 - Talleres prácticos CPCM y familia, delimitaciones de una y otra área en lo que se refiere a los socios, sus acciones, cada vez más frecuente en cuantas obligaciones familiares.
 - Violencia intrafamiliar.

- En violencia intrafamiliar, derecho de familia
 - La ley contra la violencia intrafamiliar es una ley con muchos vacíos y amplia en algunos casos deben unificarse criterios o al menos de unir esfuerzos para evitar desgastes.
- ❖ **En un 6% se refirieron a temas en área del Derecho Constitucional, según lista:**
- Derecho constitucional, técnicas de oralidad, en materia penal y civil.
 - Derecho constitucional referente a derechos civiles en juicios ejecutivos y que afectan derechos de propiedad de los demandados.
 - Derechos fundamentales.
- ❖ **Un porcentaje idéntico al anterior (6%), listó el tema de la LEPINA**
- ❖ **Otros temas enunciados fueron:**
- Área de Derecho social.
 - No he tenido la oportunidad de servicio de especialización, pero sí he cursado un diplomado de integración centroamericana.
 - Extraterritorialidad.
 - La reingeniería de la personalidad tanto al juez como al personal de los tribunales.
 - En un “avance” de técnicas de oralidad, pero no los cursos básicos, sino siguiente nivel muy avanzado.
 - En el área de vigilancia o derecho penitenciario, no existe una capacitación especializada para los jueces de vigilancia y ejecución de la pena.

- Sustantivo.
 - Contratos modernos.
 - Derecho procesal.
 - Derecho informático.
3. **¿Considera que es adecuada la interrelación de las unidades sustantivas del CNJ: Escuela de Capacitación Judicial, Unidad Técnica de Selección y Unidad Técnica de Evaluación; con el Órgano Judicial; para el logro de los resultados institucionales?**



Jueces y Magistrados consideran en un 55% que la interrelación entre las unidades sustantivas del CNJ es adecuada, mientras que un 45% opinó lo contrario. Los motivos de su calificación se listan a continuación:

¿Por qué Sí?

- Cada una de ellas desarrolla un trabajo que tiene una relación directa en el trabajo de un tribunal.
- Para mayor eficacia en el desarrollo de la actividad jurisdiccional.
- Es importante que las 3 unidades de la escuela de capacitación judicial, técnica de selección etc., con el organismo judicial, estandarizar porque la unidad de evaluación lo haya en razón armoniosa con el órgano judicial.
- Debería de existir, ya que sería importante la capacitación, para ascensos y no sólo sanción al no asistir a las capacitaciones.
- Porque hay una misma sintonía jurídica, en cuanto control de técnicas de aprendizaje.
- Inicialmente con la interrelación con la unidad técnica de evaluación se logró la asistencia obligatoria pues es parte de la evaluación del juez y sería excelente la relación con la de selección, pues sería motivante la valorización del esfuerzo del juez por superar las ilimitaciones del mismo lograr su eficiencia.
- Todas las unidades tienen relación como componentes del CNJ, una acción-visión incide en la capacitación.
- Se considera que es adecuada la interrelación de las unidades sustantivas.
- En la medida en que estén en íntima relación ambas instituciones habrá un compromiso por cada una de ellas para la asistencia de los capacitandos y que estos puedan aprovechar las capacitaciones para la mejor administración de justicia.

- Las capacitaciones son tomadas en cuenta por la CSJ, para la selección de jueces en determinados temas, que inciden en el nombramiento que la corte realiza.

¿Por qué NO?

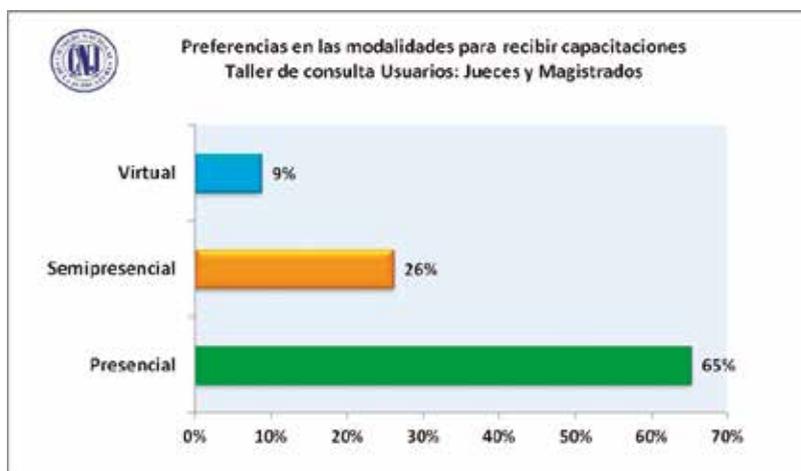
- Creo que la interrelación entre Escuela y Unidad Técnica de Selección no existe al momento de valorar a los partícipes de una terna para establecer los conocimientos adquiridos, luego la unidad técnica de evaluación se centra en evaluar términos y no conocimientos de juzgados.
- Al no contar las instituciones con una información cruzada muchos adquieren o reciben capacitaciones oportunas y otros no, no existe acceso para todos.
- El cruce de la información ayuda para optar a traslados o ascensos, lamentablemente en la actualidad no sucede.
- Puede mejorar, mayor coordinación y sobre todo comunicación de la información que nos retroalimentamos.
- Porque no importa las capacitaciones, a la hora de evaluar los evaluadores no saben del área o auditar y ponen malas notas.
- Se evalúa igual al juez que tiene una carga laboral inhumana, al que solo tiene 5 procesos en el año, esto desincentiva a los responsables.
- Ya que no se toma necesariamente en cuenta los resultados de las evaluaciones para las propuestas de conformación de ternas a la CSJ.
- Para un buen logro de resultados institucionales debería ser una excelente interrelación de las unidades sustantivas del

CNJ ya mencionadas, si existen más excelentes capacitaciones, habrá una buena selección y evaluación de jueces.

- Porque existe descontrol, si no existe interrelación entre estas.
- En muchos casos no se toma en cuenta a los jueces (capacitandos) para ser sujetos de elección a cargos superiores y, también, la ECJ no entrega notas cuando hay evaluación de cursos, si no los pide el capacitando etc.
- Desconozco si tienen interrelación y si la tienen, no se advierte por la forma en que se eligen las ternas por ejemplo.

EFICACIA DE LA CAPACITACIÓN

4. De las siguientes modalidades ¿Cuál es de su preferencia para recibir las capacitaciones?



El grupo de usuarios representados por Jueces y Magistrados opinó que prefieren recibir capacitaciones de manera “Presencial” (65%), mientras que otros expresaron la modalidad “Semi-presencial” (26%) y en una menor escala “Virtual” (9%).

5. ¿Cómo califica en general el desempeño de los y las Docentes?



Jueces y magistrados, en cuanto al desempeño de los y las docentes lo califican como “MUY BUENO” en una proporción del 43%, en una menor escala de 30% enunciaron que es “EXCELENTE”; con un 21% calificó el desempeño como “BUENO” y un 4% dijo que es “REGULAR”. Los motivos de las calificaciones se enuncian a continuación:

Motivos de la calificación “MUY BUENO”:

- La mayoría de los docentes tiene la capacidad de transmitir sus conocimientos, como cualquier otra área siempre existen excepciones.
- En algunos es “excelente”, pero hay otras que dejan mucho que desear no sólo en lo académico, si no en la metodología,
- No dudo de su capacidad jurídica, pero es necesario que no olviden la metodología.
- Los he considerado muy buenos, para mi formación como juez y ser buen juez, en la aplicación de la ley, para solucionar los problemas de la colectividad.

- Se dan a entender, evacúan las interrogantes oportunamente.
- Existe algunos capacitadores con mucho conocimiento, pero también soy testigo de que algunos imparten sus clases y queda ambiguo el conocimiento impartido. En proceso sumario se dieron posturas que ocasionaron problemas al momento de la práctica lo que ocasiono interposición de recursos.
- Hemos tenido docentes excelentes que son pocos y la generalidad es muy buena.
- Es necesario capacitar a excelentes jueces (la mayoría) para que puedan aspirar y dar o aportar su experiencia práctica a nuevas generaciones.
- Desde el punto de vista teórico saben bastante pero para los jueces, la capacitación debe ser más específica o casuística (talleres) y no hacer énfasis en las notas obtenidas para contestar pruebas teóricas.

Motivos de la calificación “EXCELENTE”:

- Hasta ahora todos los docentes han demostrado capacidad, desempeño y dominio de los temas.
- En vista que son ellos que ayudan con sus exposiciones y experiencias a poner más claros algunos temas en los cuales se tienen algunas dudas razón por la cual tienen que ser más práctico y no más teórico.
- Debido a que los docentes en su mayoría son nacionales y no extranjeros, los extranjeros en la mayoría de casos están fuera de la de la realidad de nuestro país.
- Pues he asistido mucho a varias capacitaciones del mismo tema y todos los enfoques son diferentes y valederos que hace crecer el conocimiento para una mejor aplicación del derecho

pues no todos los casos para el caso una misma figura son iguales.

- Hay docentes excelentes, otros buenos pero aprendemos mucho de ellos.
- Están preparados en los temas que imparten, sin embargo en casos prácticos no concluyen para unificar criterios en la aplicación de las leyes.
- Algunos capacitadores son excelentes porque dominan los temas, pero en otras ocasiones dejan muchas dudas y no suben aclararlas y no tienen aplicabilidad práctica.

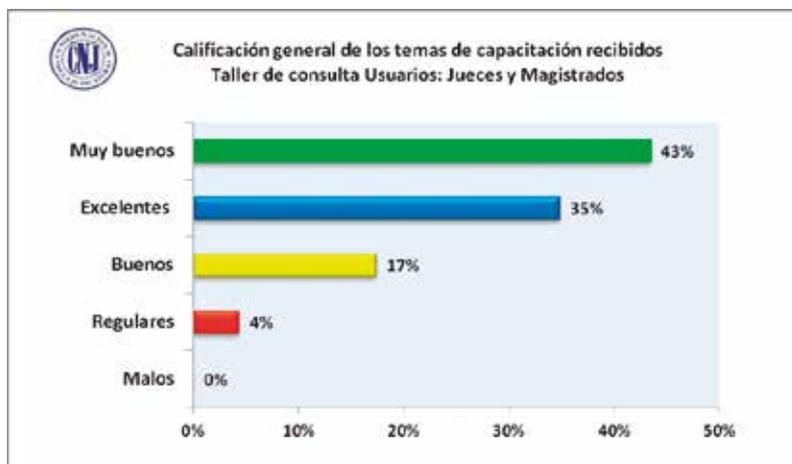
Motivos de la calificación “BUENO”:

- En algunas ocasiones son contratados capacitadores en temas que no tienen especialización.
- Considero que en lo general los capacitadores tienen un desempeño muy bueno, ya que tienen las herramientas necesarias para transmitir el conocimiento.
- La escuela tiene buenos capacitadores, muy capaces y también algunos no tan buenos, pero son la excepción.
- Porque el desempeño de ellos en general, es aceptable, nos proporcionan buen material, sobre el tema que se desarrolle en un momento determinado.

Motivos de la calificación “REGULAR”:

- Creo que los capacitadores de la escuela en algunos cursos no tienen la experiencia práctica sino únicamente teórica, si he tenido buenos capacitadores con experiencia práctica pero ha sido un mínimo, pero hay cursos de docentes muy malos y que solo llegan a cubrir horas.

6. ¿Cómo califica en general los temas de capacitación recibidos?



Respecto a la calificación de los temas de capacitación recibidos, los usuarios expresaron en un 43% que son “Muy buenos”, un 35% le otorgaron una calificación de “Excelente”, 17% opinó que son “Buenos” y el 4% restante mencionó que son “Regulares”. Los comentarios y sugerencia de su calificación se listan a continuación:

Motivos de la calificación “MUY BUENOS”:

- Es necesario actualizar temas, pero en algunas áreas que son transformadas.
- Deben actualizarse conocimientos por ejemplo: técnicas de oralidad, es necesario y urgente una capacitación integral.
- Especialidad, gerenciamiento judicial y desarrollo humano.
- Tomando como base las áreas y temas recibidos, son de mucho beneficio para el desarrollo de mi trabajo, es una herramienta muy necesaria.

- Ha ayudado a mi formación como juez.
- Están acordes a una educación continua de adultos.
- Igual que la respuesta anterior, unas muy excelentes y otras muy buenas, debemos capacitar a los excelentes jueces en sus áreas para tener éxito, pues no es lo mismo lo práctico que lo teórico.
- Pero necesitamos que los temas sean prácticos y no teóricos.
- Para mi ninguna, todas han sido muy buenas las capacitaciones recibidas.
- Los temas siempre son adecuados y siempre es válido aprender, el problema es la forma de plantearlos y de exponerlos, aunque es de mencionar que casi se trata de los mismos temas y no hay exposición de temas novedosos.
- Hay varios temas que son bastante buenos para la aplicabilidad en nuestro trabajo.

Motivos de la calificación “EXCELENTES”:

- Todos han sido temas relacionados en nuestro que hacer judicial.
- Los temas recibidos en las diferentes áreas siempre son de utilidad práctica en nuestro desarrollo laboral.
- Porque los conocimientos adquiridos sirven para ponerlos en práctica en casos concretos en los tribunales.
- Aunque el derecho es constante e innovador.
- Porque todos los conocimientos recibidos siempre ayudan a mejorar la labor judicial.

- Todos son o han sido de excelencia pues conllevan la capacitación integral del juez, que es diferente que no haya sido invitado a los que hubiera querido y además a participar.
- Son aplicables a nuestro cuerpo laboral.
- Han sido actuales para el cargo que ejerzo.

Motivos de la calificación “BUENOS”:

- Se necesita mejorar, en cuanto a la forma de impartir los temas.
- En algunas cosas son repetitivas.
- En ocasiones, aportan muy poco en la realidad práctica para mejorar el trabajo judicial.

Motivos de la calificación “REGULARES”:

- En algunos contenidos son muy generales y en algunos casos reiterados, por otra parte algunos no tienen el suficiente conocimiento para generar la discusión y otros no tienen actualidad-doctrinaria o práctica sobre los temas que facilitan.

7. ¿La capacitación recibida le ha preparado para enfrentar los retos de su trabajo?



El 78% de los Jueces y Magistrados afirmó las capacitaciones recibidas le han preparado para su trabajo, por estas razones:

- Todas han sido para el desarrollo del área en que me desenvuelven (área penal).
- Indudablemente siempre obtenemos nuevos conocimientos o reforzamos los ya obtenidos y ello le prepara para enfrentar los retos trazados en nuestra labor.
- Se reciben cursos de capacitación que son prácticos y nos sirven para ponerlos en práctica a casos reales llegados a los tribunales.
- Definitivamente que sí, decir que no, seria ser injusto, pero se ha estancado en el tiempo.

- Si en la mayoría de las veces, es de mucho provecho las aportaciones de los compañeros jueces que asisten.
- Es necesario más actualización.
- Porque ha sido el medio para prepararse con normativa nueva por ejemplo.
- Por los estudios y recomendaciones que hace el CNJ y la escuela de capacitación judicial de nuestro trabajo y herramienta necesaria.
- Mi calidad de trabajo ha mejorado a través, mi amplitud de conocimientos impartidos.
- Los pongo en práctica en mi quehacer como administrador de justicia para resolver jurídicamente los problemas jurídicos de la colectividad de mi competencia.
- Me actualizo con otras interpretaciones de la norma de otros compañeros y del capacitando.
- Son temas con los cuales trabajamos.
- Pero limitadamente ya que la capacitación se ha vuelto muy teórica, es raro que se discutan casos concretos.
- Porque tenemos herramienta para poder resolver y tener apoyo de lo que aprendemos en cada capacitación obtenida.
- Siempre ayuda lo que uno estudie sobre todo que sólo han sido directrices las capacitaciones y es por mi parte que me he preocupado más por saber cómo lo voy a poner en práctica.

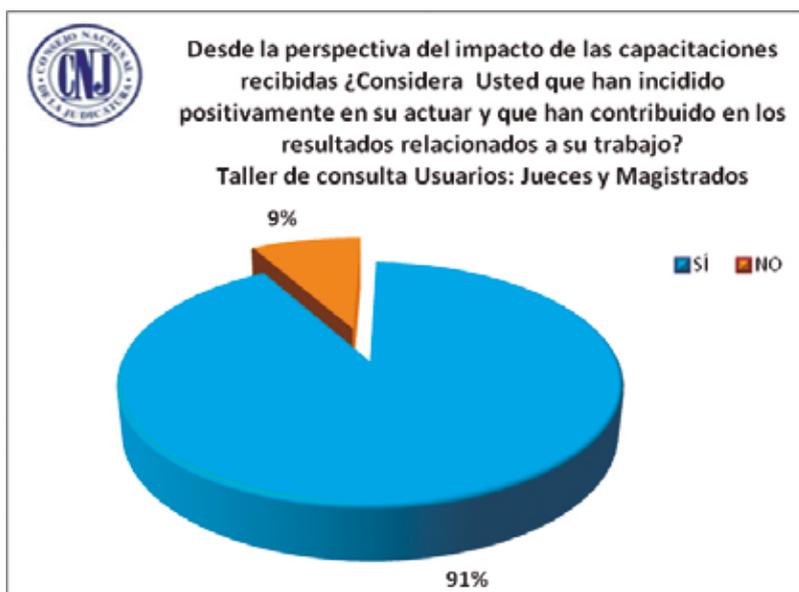
- He recibido temas que pongo en práctica en el diario labor judicial.
- Muchos de los conocimientos adquiridos en las capacitaciones son empleados en el trabajo a diario.

El 22% restante expresó que NO, por los siguientes motivos:

- Porque han habido cursos de capacitación que no han tenido incidencia, en el desarrollo de la actividad jurisdiccional.
- En algunas ocasiones no se sabe qué hacer, porque la escuela es más teórica y no práctica.
- No siempre ya que en algunas ocasiones sólo han sido para confirmar el conocimiento adquirido por medios propios o adquirido con otros colegas en discusiones.
- Por el contrario, mejor conocimiento, mejor aplicación en el ejercicio de su función.
- Todavía faltan muchas áreas en donde necesitamos seguir con las capacitaciones.

LA MEJORA ORGANIZACIONAL DE LA ECJ

8. Desde la perspectiva del impacto de las capacitaciones recibidas ¿Considera Usted que han incidido positivamente en su actuar y que han contribuido en los resultados relacionados a su trabajo?



El 91% de los Jueces y Magistrados afirmaron que la capacitación recibida ha generado un impacto en su actuar, por las siguientes razones:

- Desde la perspectiva del impacto las capacitaciones inciden positivamente en labor judicial, pues los conocimientos adquiridos contribuyen en el trabajo cuando se presenta.
- Cuando se recibe información oportuna y adecuada, ello incide en nuestra labor, lamentablemente hay áreas especializadas en las cuales la escuela no ha dado capacitaciones y que tienen que ver con la labor desempeñada.

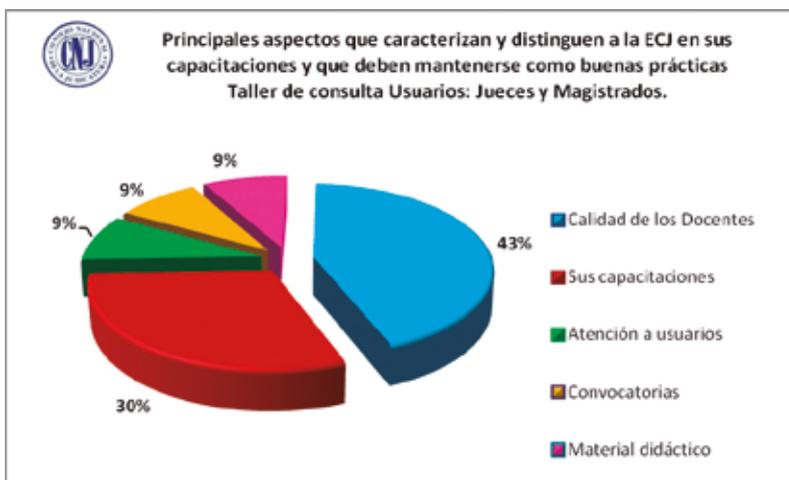
- Esto ha cambiado nuestra forma de actuar y de resolver los casos concretos llegados a los tribunales.
- Han surgido nuevas leyes, etc. Y mis decisiones han sido avalladas, al haberlas fundamentado con base en lo que aprendí.
- De alguna manera lo poco que se ha recibido es o ha sido importante para mejorar de alguna manera nuestro desempeño.
- En lo general han sido positivos, siempre se ha obtenido resultados positivos.
- De acuerdo con el anterior comentario en lo personal han sido positivas y han sido utilizadas en el actuar jurisdiccional.
- Si ha incidido para mejorar, para realizar un trabajo con calidad, ampliar conocimientos y compartir experiencia.
- Se adecuan a mi trabajo y es por ello que algunos insumos jurídicos de estas las aplico en más resoluciones, las que son necesarias en un momento determinado.
- Pues observo la fundamentación de las resoluciones que despacho desde hace 20 años y las actuales, y me entristecen las primeras y me llenan de satisfacción las actuales.
- Me ha ayudado a resolver problemas jurídicos de mi competencia, formándome como un operador de justicia.
- He asimilado el conocimiento para mejor desempeño.
- Nos prepara académicamente sobre temas que no conocemos y tenemos una base que nos orienta en la toma de decisiones en cada caso que llega a conocimiento.
- Dado que se tendrá una mejor visión en la aplicación de su potencial al desempeño de su cargo, resultados exitosos.

- Si ha mejorado en un porcentaje no muy significativos, porque en el camino se va aprendiendo como hacer el trabajo.
- Hemos tenido más conocimiento del aprendizaje de cada área recibida de las materias impartidas por la escuela de capacitación.
- En parte sí, no podemos negar que todo estudio ayuda siempre y cuando yo me propongo a ampliar los temas y por aplicarlo al momento de la administración.
- Sirven en la aplicación en casos concretos.
- Sirven para dar una mejor calidad en el servicio que brindamos como es la administración de justicia.

El 9% restante expresó que NO, por estas razones:

- Porque ya como se dijo en el número 8 la mayoría de capacitaciones ni inciden en el trabajo.

9 ¿Cuáles considera que son los principales aspectos que caracterizan y distinguen a la ECJ en sus capacitaciones y que deben mantener como buenas prácticas?



Las fortalezas enunciadas por el grupo de Jueces y Magistrados, fueron las siguientes:

- 43% mencionaron la calidad de los docentes en cuanto a que: son capaces, son jueces y conocen la realidad propia y que están calificados e instruidos sobre el tema que imparten.
- 30% opinaron que son “sus capacitaciones”, porque son permanentes, constantes y continuas, que son prácticas para el tribunal, que son temas de actualización y que ayudan a concientizar en la responsabilidad del funcionario.
- En menor proporción, equivalente a un 9%, describieron los temas de atención a usuarios, convocatorias y material didáctico; los comentarios sobre estos puntos fueron:
 - Los principales aspectos últimamente de la ECJ, es de que están tomando en cuenta las opiniones de los capacitando.
 - La apertura a aceptar recomendaciones para mejorar el servicio.
 - Las convocatorias oportunas (en tiempo).
 - Convocatorias.
 - Material con antelación.
 - La entrega de material.

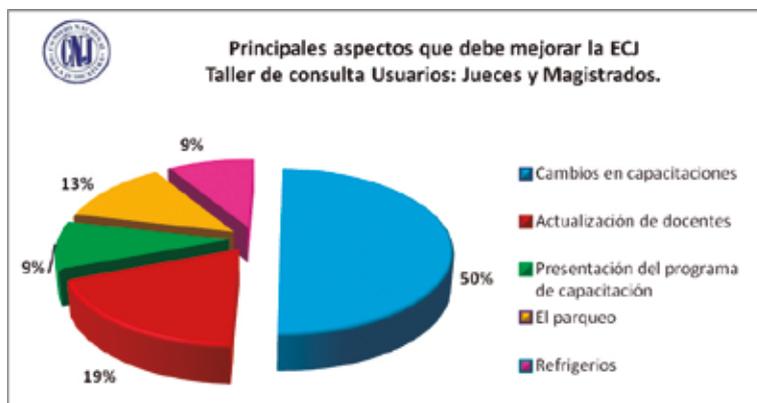
Otros aspectos favorables mencionados, fueron:

- La página web.
- El seguimiento en los cursos, muy de acuerdo que sea sistemático y que estos sirven de insumos para ascensos.

- La organización y la responsabilidad en el desarrollo.
- El control que ejercen, que les da bastante importancia al capacitando, el orden que tienen.
- Horarios accesibles y no fin de semana.
- La asistencia para romper con paradigmas, pues muchos creen pierden tiempo, si fuese usando tecnología la asistencia a tomar su computadora es impacto sobre que tome conciencia de resolver individualmente y a aceptar ese reto.
- Planificación anticipada de eventos generales, que permite aumentar conocimientos en áreas no específicas de cada competencia.
- Ser un ente especializado para la judicatura.
- Las capacitaciones presenciales y la diversidad de temas que imparten.

10. En general, ¿cuáles considera que son los principales aspectos que debe mejorar la ECJ?

Las áreas de mejora identificadas por los Jueces y Magistrados, se detallan a continuación:



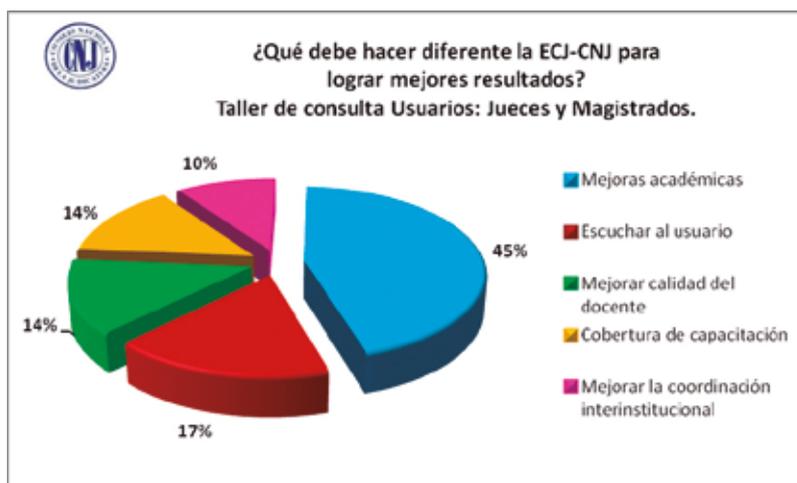
- 50% enumeraron cambios en capacitaciones tales como: orientarlas más hacia la práctica, abordar temas que se generen a nivel práctico de la labor judicial, que los cursos sean renovados y cambiar algunos capacitadores porque son poco prácticos en la capacitación, que se formen cursos especializados y prácticos, realizar seminarios-taller para efectos de unificar criterios, mejorar temas a impartir y crear especialidades en todas las áreas, mejorar los contenidos temáticos y que hayan más talleres y nuevas teorías.
- Un 19% opinó respecto a la actualización de los docentes en aspectos como: que reciban cursos de actualización pedagógica porque están deficientes en esa área, que se les incentive más porque tienen un alto nivel y no se les valora el tiempo que ellos trabajan en el material del curso; así como que hayan mejores procesos de seleccionar a capacitadores.
- En un 9% expresaron que debe mejorarse la presentación del programa de capacitación para tener conocimiento.
- En escalas menores de 15% y 9% respectivamente, opinaron que debe mejorarse el parqueo y los refrigerios.

Otros aspectos mencionados fueron:

- Proveer material necesario.
- Mantener la nómina actualizada de las personas que reciben los diferentes cursos, ya que con ello se evitaría que las mismas personas reciban las mismas capacitaciones, de manera tal se le dé oportunidad a la mayoría de los jueces si no es que en su totalidad.
- Capacitar al capacitando conforme a la capacitación que pretende recibir, así mismo capacitar a todos el personal que conforman un tribunal.

- Que se comparta el material que utilizan los capacitadores en los cursos que sirven.
- La capacitación para los empleados del tribunal.
- La información del resultado de los cursos al capacitando.
- La regulación del ambiente.
- La relación del ambiente.
- La tecnología.
- El buen trato.
- No deberían haber evaluaciones en las capacitaciones porque lo que se pretende es ampliar conocimientos y no someter a los funcionarios a presión de las evaluaciones.

11. ¿Qué debe hacer diferente la ECJ-CNJ para lograr mejores resultados?



Para que se logren mejores resultados en la ECJ-CNJ, los Jueces y Magistrados participantes del taller declararon principalmente las siguientes: 45% mejoras académicas, 17% escuchar al usuario, 14% mejorar la calidad docente, 14% ampliar cobertura de capacitación y un 10% mejorar la coordinación interinstitucional.

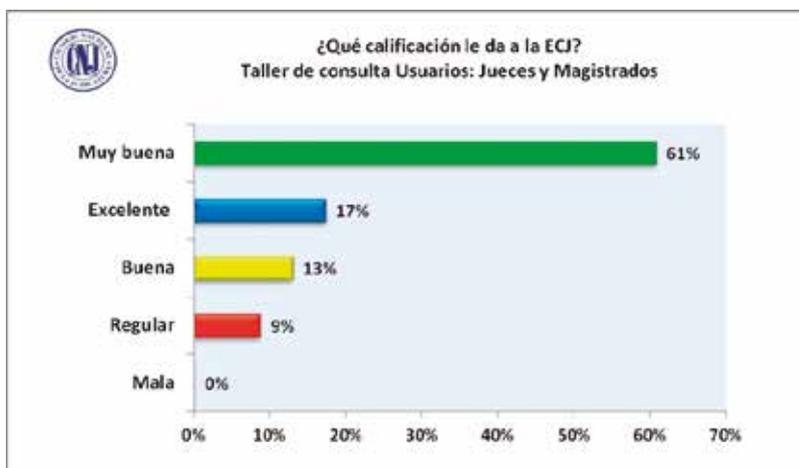
La lista las opiniones descritas por los usuarios es:

- Docentes deben ser instruidos en pedagogía.
- Capacitadores-no improvisados.
- Que haya una mejor elección en los docentes.
- Cambiar la plantilla de docentes; dejar de evaluar sumativamente y que sea formativa.
- Coordinar actividades para evitar repetición de cursos de capacitación.
- Especializar las áreas a capacitar.
- Deben cambiar algunas formas de servir los cursos tomando en cuenta los contenidos de la andragogía –educación de adultos– en la capacitación por competencias.
- Dejar de dar los mismos temas.
- Buscar practicidad en los seminarios a través de resolver casos reales.
- Dar temas de especialización de cada área y no generales.
- Los cursos prácticos, traen casos que a diario se nos presentan en los tribunales de justicia, para mejorar el órgano judicial.
- Cambiar el estilo de dar la capacitación.

- Hacer más dinámica la capacitación y no darle demasiada importancia a la calificación individual del capacitando.
- Preparar cursos, maestrías, doctorados no solo para que el juez lo ponga en práctica en su despacho si no que pueda colaborar con la escuela capacitando e incentivando a otros-esto es la especialización con calidad.
- Programar los cursos con suficiente antelación.
- Planificación.
- Darlos a conocer a la comunidad judicial.
- Tomar en cuenta recomendaciones de los jueces.
- Escuchar a los jueces cuales son los temas que consideran necesarios para que mejore su capacidad de trabajo.
- Escuchar a los jueces para mejorar su capacidad de trabajo.
- Escuchar a los jueces cuales son los temas que consideran necesarios para mejorar su capacidad de trabajo.
- Permiten que cada juez escoja los cursos, temas y tiempos.
- Coordinar mejor con la CSJ, recursos técnicos, más tribunales y recurso humano.
- Mejorar sus relaciones con el órgano judicial para que no exista la doble capacitación.
- Coordinarse y no verse en forma separada, y a la vez tener relación con la CSJ.
- Capacitar a todo el personal de cada tribunal para que sean más eficientes en el desarrollo de sus funciones dentro del tribunal.

- Hacer más fácil el acceso a las maestrías y cursos que son extensos, porque pareciera que estos son, sólo para colegas escogidos.
- Serian bueno que se incorporaran a los grupos de estudio a jueces, magistrados, fiscales, defensores para unificar criterios, así como que haya mayor enriquecimiento sobre las expresiones de cada sujeto interviniente.
- Programar un sistema que permita el acceso a las calificaciones.
- La calificación por parte del ministerio de educación como escuela de educación superior.
- Mantener las buenas prácticas.
- Que el pleno deje trabajar al director, y tenga menos incidencia e injerencia que atrofia la filosofía académica.
- Las evaluaciones sean orientadas.
- Aportarle al aprendizaje de los temas impartidos para luego su puesta en práctica y no pretender reprobar al capacitando en los exámenes finales o reactivos del curso.
- Reevaluar el manual de evaluación con más justicia (no puede ser que salgan con excelencia los jueces que tienen menos carga laboral).
- No sólo innovar, sino darle continuidad, importante el papel de la ECJ, porque el reconocimiento que tiene es nacional e internacional, por lo que debe hacer actividades como estas, felicito a la ECJ y CNJ por este gran proyecto.
- Mayor control de los temas porque muchas veces se convoca a los mismos cursos ya recibidos.
- Estudiar el impacto que sus capacitaciones tienen.

12. De acuerdo a los temas abordados en esta encuesta y a su experiencia en general ¿Qué calificación le da a la Escuela de Capacitación Judicial del CNJ?



La calificación general otorgada a la Escuela de Capacitación Judicial por parte de los Jueces y Magistrados fue de “Muy Buena” con un 61%; mientras que un 17% opinó que es “Excelente” y en menor escala de 13% y 9% dijo que es “Buena” y “Regular” respectivamente.

**Informe de resultados del Taller de Consulta con usuarios:
Secretarios y Colaboradores Jurídicos. Diagnóstico
sobre el accionar de la Escuela de Capacitación
Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del
Consejo Nacional de la Judicatura.**

*Implementado por la Escuela de Capacitación Judicial,
con el apoyo de USAID El Salvador-a través del Proyecto de
USAID Fortalecimiento del Sector de Justicia.*

Febrero 21, 2014.

I. CONTENIDO DEL INFORME

OBJETIVO DEL TALLER DE CONSULTA

Identificar información valiosa para el análisis del diagnóstico situacional que actualmente se desarrolla para la Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” (ECJ) del Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ), siendo los temas establecidos y consultados: necesidades y expectativas de los usuarios, eficacia de la capacitación y la mejora organizacional de la ECJ, desarrollando 4 preguntas para cada tema, siendo un total de 12 preguntas, constituido a través de una serie de reuniones de grupos focales con un total de 25 colaboradores y secretarios judiciales identificados de forma aleatoria.

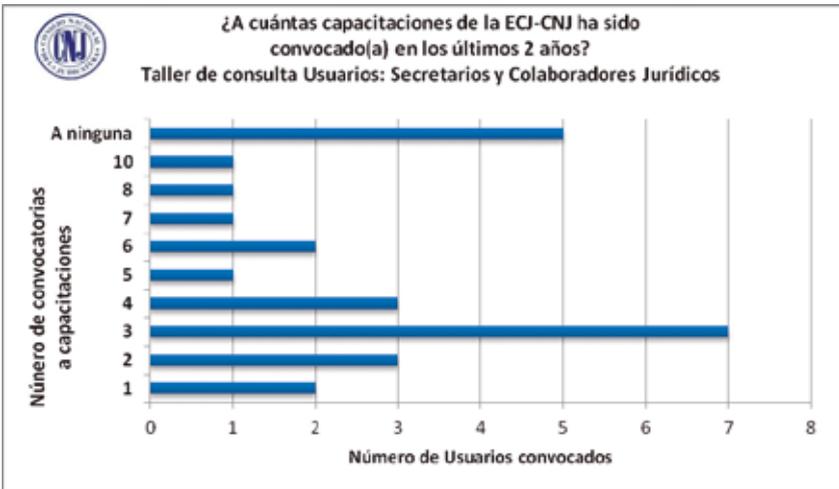
RESULTADOS OBTENIDOS

Como parte fundamental para el Diagnóstico Situacional que actualmente el Proyecto de USAID Fortalecimiento del Sector de Justicia se encuentra realizando para la Escuela de capacitación Judicial ECJ “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del Consejo Nacional de la Judicatura CNJ, se listaron una serie de preguntas a los participantes que aportarán un alto valor a la calidad del documento de Diagnóstico que se presentará a las autoridades del CNJ.

A continuación se presentan los resultados obtenidos del taller de consulta con los Usuarios representados por Secretarios y Colaboradores Jurídicos de los diferentes Tribunales del país:

NECESIDADES Y EXPECTATIVAS DE LOS USUARIOS

13. ¿A cuántas capacitaciones de la ECJ-CNJ ha sido convocado(a) en los últimos 2 años?



La gráfica demuestra que del total de 26 Usuarios asistentes al taller de diagnóstico, 7 recibieron 3 convocatorias para asistir a capacitaciones, mientras que 14 participantes manifestaron haber recibido entre 1 y 3 convocatorias en el lapso de 2 años; sin embargo, 5 de los asistente confirmó que nunca han recibido una convocatoria.

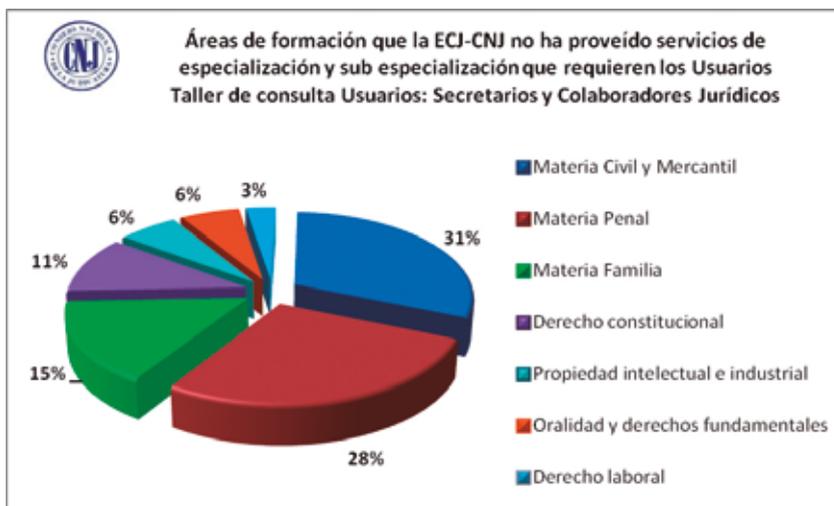
De los 21 usuarios que fueron convocados a capacitaciones, 19



asistieron y 2 no lo hicieron. A continuación se listan los comentarios realizados por los usuarios en cuanto a los motivos de su no asistencia y algunas sugerencias:

- No asistí a una por encontrarme con problemas de salud.
- Asistí a todas, pero los efectos laborales fueron negativos, se acumulan según nuestro cargo.
- Fui convocado en el mes de diciembre del 2013 sobre letra de cambio, títulos valores, pero no vine porque tenía una serie de trabajo que realizar, por el problema también de la distancia y por el problema del tráfico (Cabañas).
- Sólo en el año 2012 asistí y en el año 2013 no fui convocada a ninguna capacitación.
- En el año 2012 fueron aproximadamente 4 convocatorias de igual forma y al taller por parte de la Unidad Técnica Central y no del Consejo Nacional de la Judicatura hasta esta capacitación de diagnóstico.
- Asistí, no obstante ello, hay que dejar todo el trabajo casi al día y llegar al juzgado a revisar lo que se va a realizar en el día de mi ausencia.
- No fui convocado pese a tener más de 3 años en mi tribunal de alzada y más de 6 años en el órgano judicial, por lo que espero con mucho interés futuras convocatorias.
- He conocido casos en los que los colaboradores no asisten debido a la falta de permiso del juez, sea por la carga laboral o porque el juez no deja ir a los empleados. Trabajo en el juzgado hace 3 años y medio y nunca me habían convocado hasta hoy.

14. ¿En qué áreas de formación la ECJ no le ha proveído servicios de especialización y sub-especialización que requieren los Usuarios? Favor ser lo más explícito posible.



Según los datos que muestra la gráfica, los Secretarios y Colaboradores Jurídicos consultados expresaron que necesitan capacitarse en las siguientes especialidades y subespecialidades:

❖ **31% expresaron en materia Civil y Mercantil en general y proponiendo los siguiente temas:**

- Código Procesal Civil y Mercantil.
- Los medios de prueba y los recursos.
- El desarrollo del Código Procesal Civil y mercantil.
- Derecho civil: tránsito.
- Procesal Civil (proceso monitoreo, proceso abreviado, etc.)
- Procesal – Civil, notariado.

- Aplicación de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil. El estudio de los procesos que seguía este código y su desarrollo en la práctica.
- Derecho registral aplicado al área civil y mercantil.
- Sociedades mercantiles, mixtas y asocio público privado.
- Materia registral: deslindes.
- Títulos valores,
- Derecho del consumidor.
- Derecho sucesorio.
- Nuevos contratos civiles.
- Títulos valores,
- La competencia desleal.

❖ **28% solicitan temas en materia Penal, tales como:**

- La sustanciación del procedimiento abreviado y sumario, valoración de las pruebas, otro tema son los recursos específicamente sobre el recurso de apelación que habla el artículo 405 Pn.
- Por lo general, área penitenciaria, penal constitucional.
- Proceso sumario en el Derecho Penal.
- Procesal Penal (Proceso Sumario, Proceso por Faltas).
- Medidas cautelares.
- Cursos básico la prueba, ejecución de sentencias,

- En materia penal: Técnicas de oralidad, valoración de la prueba, los medios probatorios, los recursos, etc.
 - En la rama penal.
 - Derecho penal: tránsito
 - Área penal.
 - Ampliación del Código Procesal Penal.
 - En el área de menor y la adolescencia.
 - Menores (Ley de Vigilancia y Control de las Medidas).
 - Teoría general del delito.
 - Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia (sobre las juntas de vigilancia).
 - Derecho penitenciario (finalidad de la pena de prisión).
 - LEPINA son temas necesarios que tienen su aplicación en el área penal, a los cuales no se nos ha convocado a nadie de nuestro juzgado.
 - Derecho de los niños, niñas y adolescentes, fundamento y elaboración de sentencias área penal.
- ❖ **Otro 15% requieren capacitación en materia de Familia, según detalle:**
- La sustanciación del procedimiento abreviado y sumario, valoración de las pruebas, otro tema son los recursos específicamente sobre el recurso de apelación que habla el artículo 405 Pn. Recursos en materia de familia.

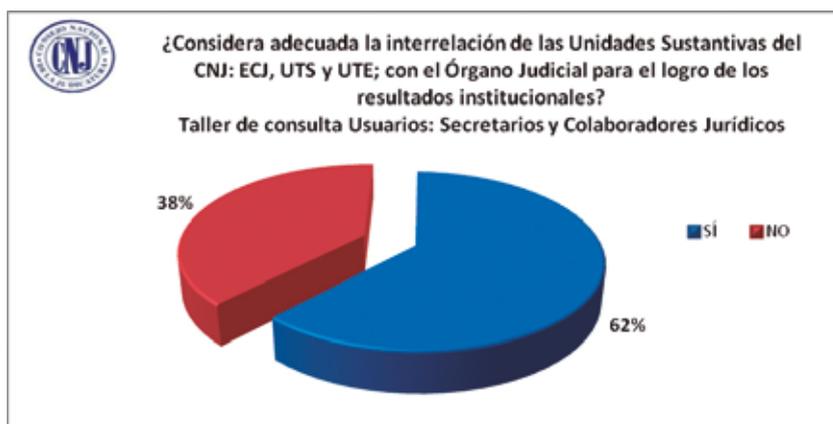
- Ejecución de sentencias en materia de familia.
 - Fundamentación constitucional en materia de familia.
 - Criterios jurisprudenciales en materia de familia
 - Familia (Derecho procesal)
 - Violencia intrafamiliar.
- ❖ **En un 11% se refirieron a temas en área del Derecho Constitucional, según lista:**
- Derecho constitucional, en el área de Habeas Corpus.
 - En el área de Amparos.
 - Procesal Constitucional (amparo).
 - En derecho constitucional y notarial.
 - Instituciones procesales,
 - Área constitucional.
 - Habeas Corpus y líneas jurisprudenciales.
- ❖ **En una escala menor 6% y en un 3% listaron temas en materias de propiedad intelectual e industrial, así como oralidad y derechos fundamentales y derecho laboral, tales como:**
- Derecho de propiedad industrial, propiedad intelectual, específicamente marcas, competencia desleal, contratos civiles, sucesiones, inquilinato.
 - Derecho de marcas y patentes.

- Derechos fundamentales.
- Oralidad.
- En el sistema de audiencias orales, que toman en cuenta elaboración de acta de audiencias, cuando entró en vigencia esta modalidad y la capacitación en el área informática para llenar información sobre informes de trabajo, estadísticos y control que requiere el CNJ y la CSJ.
- Derecho laboral: despidos

❖ **Otros temas enunciados fueron:**

- Principios rectores.
- Gerencia administrativa.
- En las áreas administrativas, gerencia, atención a los usuarios, etc.
- Procesos administrativos para las necesidades del juzgado.
- Funciones y atribuciones de secretarios, colaboradores, notificados, etc.
- Relaciones interpersonales, jueces y personal.
- Criminología.
- Derechos Humanos y Derecho Internacional (tratados, convenios)
- Gerenciamiento de los juzgados, es un tema necesario para desempeñar mejor el trabajo.
- No he recibido servicios especializados a mi área laboral (Penal), han sido de conocimientos generales.

15. **¿Considera que es adecuada la interrelación de las unidades sustantivas del CNJ: Escuela de Capacitación Judicial, Unidad Técnica de Selección y Unidad Técnica de Evaluación; con el Órgano Judicial; para el logro de los resultados institucionales?**



Respecto a la interrelación entre las unidades sustantivas del CNJ, los Usuarios manifestaron con un 62% que adecuada y con un 38% opinaron que no. Los motivos de su calificación fueron:

¿Por qué SÍ?

- Al existir una interrelación entre las unidades habría una mejor calidad del abordaje y resolución de los problemas, es poca la capacitación que ofrece el Órgano Judicial.
- Definitivamente deben de estarlo, más sin embargo, el problema es el mismo, no existe la suficiente formación y capacitación para poder medir la calidad de las resoluciones.
- De esta forma se especializa mejor el tipo de capacitación que le es impartida al capacitado, es decir, se imparte una capacitación de un tema indicado para un capacitado que se encuentra en un área determinada.

- A través de la interrelación de todas ellas se fortalece la actividad y la institucionalidad de la administración de justicia.
- El personal se preocupa porque los procesos estén bien con sus términos, etc.
- Esto genera entendimiento, la forma de trasladar la información laboral, como llenar los libros de control, como subsanar inconvenientes y reflejar en la evaluación un desempeño real, sin omisión por desinformación u otros motivos.
- Porque todos sabemos que el CNJ no influye en las decisiones de la CSJ, deben actuar conjuntamente.
- Considero que sí, porque se especifica a quién se convoca, pero debería de ser más selectivo, es decir, específicamente convocar al capacitando para que le faciliten la presencia.
- Pues son un equipo con una misma finalidad, es necesario que estén en una misma sintonía y que el empleado jurisdiccional tenga acceso a los lineamientos.
- De alguna manera hace que la forma de trabajar de los juzgados mejoren.
- Ayudará al personal que quiere optar por otra plaza, se ahorraría el trámite de preselección.
- Son unidades que ayudan al profesional a realizar una medición en cuanto a conocimientos generales y específicos porque la unidad técnica realiza una evaluación psicológica del profesional y medir si está apto para ostentar un cargo de la judicatura.

¿Por qué NO?

- Respecto de la Escuela de Capacitación no hay coordinación de las capacitaciones (chocan) con otras actividades formativas de CSJ.
- Hay que comenzar a analizar el tema desde el momento que se empieza a seleccionar a los jueces para ser nombrados a una judicatura, esta función debería ser del CNJ.
- Puesto que hay factores diversos que no permiten o que adolecen de coordinación total para el logro de resultados, que no solo son del CNJ sino también decisiones de la CSJ, considero que hace falta más coordinación interinstitucional.
- Entre ellos no hay comunicación y a veces se debe elegir a cual asistir porque CSJ y CNJ convocan el mismo día.
- Puede mejorar
- Porque no existe un proceso de selección para las capacitaciones que sea sistemático, en el sentido que sean convocados los empleados judiciales tomando en cuenta el tipo de capacitación o tema que desarrolla y además, el hecho de la no convocatoria para algunos empleados.
- Se debería capacitar al personal administrativo de los juzgados sobre los puntos que evalúa el CNJ cuando evalúa al juzgado.
- No hay una adecuada coordinación a efecto de valorar resultados, relacionar capacitaciones acorde al cargo y falta de interés en la capacitación para ascenso.
- En ningún momento se evalúa al aplicador de justicia, si una determinada resolución lo hizo conforme a derecho o no, si fundamentó o no la resolución.
- Da la percepción que no tienen un cruce de información.

EFICACIA DE LA CAPACITACIÓN

16. De las siguientes modalidades ¿Cuál es de su preferencia para recibir las capacitaciones?



Al consultar al grupo de Usuarios sobre el tipo o modalidad de capacitaciones que desea recibir, opinaron con un 35% que sea de manera “Virtual”; en igual proporción (35%) expresó la modalidad “Semipresencial”, mientras que el 31% restante consideró que deberían ser preferentemente “Presencial”.

17. ¿Cómo califica en general el desempeño de los y las Docentes?



Este grupo de interés calificó el desempeño de los y las docentes como “MUY BUENO” en una proporción del 54%, en una menor escala de 25% opinaron que es “EXCELENTE” con un 21% consideró que el desempeño es “BUENO”. Los motivos de las calificaciones otorgadas se enuncian a continuación:

Motivos de la calificación “MUY BUENO”:

- Porque siempre hay que estar en constante actualización y no todo lo saben, aprendemos de todos.
- Dentro de las capacitaciones recibidas se han identificado muchos docentes muy preparados con un dominio de la materia impartida y quienes fungen como verdaderos facilitadores, no obstante existen unos pocos que no demuestran las actitudes y aptitudes antes dichas.
- Obedece a que en las capacitaciones en que he participado el docente demuestra conocimiento, dominio del tema, apertura a opiniones, facilidad de palabras y de comprensión, hacer uso de la realidad para ejemplificar la teoría, pero sobre debe haber mejoras contantes.
- Porque por lo general preparan sus exposiciones, sus clases y he recibido por fortuna con catedráticos que son muy prácticos y evalúan al final; lo que se necesita que sea aplicable al trabajo.
- No siempre ponen a buenos oradores
- Son personas capacitadas con experiencia.
- Se puede denotar que los docentes tienen la capacidad y destreza para impartir los temas, tienen conocimiento y preparan los temas.
- Dominio del tema y el uso de los recursos tecnológicos, hay capacitaciones que dan hambre de conocimiento, no por el tema en sí, sino por quien lo imparte y muy buenos temas se caen por quien los imparte.

- Porque cuando he asistido a capacitaciones los docentes fueron bien entendible en los temas a desarrollar.
- En lo personal he tenido capacitadores muy capaces, a manera de comentario, hay un capacitador que ya no lo vi capacitando y a mi criterio es muy capaz (Lic. Aparicio) pero en su mayoría muy buen calidad de capacitadores.
- La mayoría están muy preparados, gozan de prestigio, tienen estudios superiores que amparan su conocimiento y por último tienen la habilidad de transmitir sus conocimientos.
- Muchos de los capacitadores tienen facilidad para desarrollar los temas de forma teórica, pero no hay mucha oportunidad para la práctica o llevan temas para desarrollar pero no tienen la facilidad para contestar las preguntas o problemas que se plantean en las capacitaciones.
- Porque generalmente solamente es teoría, lo ideal fuera llevar aparejado teoría y práctica.

Motivos de la calificación “EXCELENTE”:

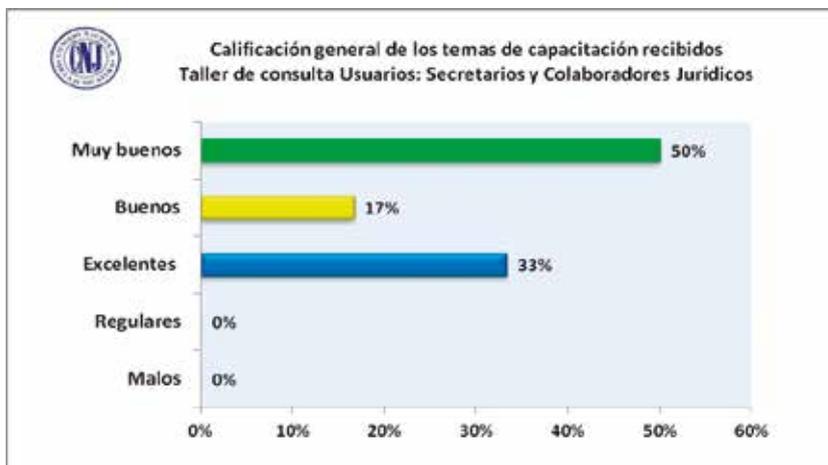
- Es sabido por todos que los docentes de la ECJ son buenísimos profesionales.
- Manejan bien su tema, se preparan, pero van más allá interesándose en satisfacer cualquier duda o vacío de su auditorium y hacen uso de la tecnología y herramientas que la institución le proporciona.
- La mayoría, sino todos, son personas con pedagogía quienes a su vez tienen experiencia en su área y dan capacitaciones acorde a las necesidades de los usuarios, usan recursos pedagógicos adecuados.
- Porque es personal capacitado en conocimiento académico, asimismo la experiencia.

- Porque es personal capacitado para impartir las capacitaciones, pero hay unos facilitadores que deben ser removidos de sus materias a impartir (Delmy Ortiz, Cañenguez y Juan García) son personas que dejan mucho que desear como capacitadores.

Motivos de la calificación “BUENO”:

- Me parece que dominan el tema, pero en muchas ocasiones se observa que les falta pedagogía.
- Es bueno que la ECJ capacite a los empleados según hayan decreto o leyes para el buen funcionamiento laboral; con la excepción que hay poco personal y una gran carga laboral, no obstante dificulta en los plazos de aplicación laboral.
- Son personas que saben del tema que imparte, pero a veces es muy teórico, tienen que ser más prácticos y ahondar con la realidad jurídica nacional.
- No toda la plantilla de docentes cuenta con la capacidad de conocimiento, para transmitir conocimiento,
- Tienen que tener una experiencia práctica en el tema.

18. ¿Cómo califica en general los temas de capacitación recibidos?



Respecto a la calificación a los temas de capacitación recibidos, los Usuarios expresaron en un 50% que son “Muy buenos”, con un 33% le otorgaron una calificación de “Excelente” y el 17% restante opinó que son “Buenos”. Los comentarios y sugerencia de su calificación se listan a continuación:

Motivos de la calificación “BUENOS”:

- Porque considero que son los necesarios para aplicarlos en las actuaciones laborales cotidianas.
- Porque me han ayudado mucho en mis conocimientos que al final he solucionado problemas del Juez al momento de aplicar la Ley.
- Se han impartido capacitaciones idóneas para el ámbito propio del área en que el capacitado se desempeña, es decir, se han impartido a temas atinentes al quehacer diario del capacitado.
- Califico muy bueno porque sí me han servido para resolver y para realizar diligencias judiciales
- Ayuda a desempeñar con más eficacia el trabajo de cada juzgado.
- Son excelentes, pero impactan poco en mi trabajo. Eje: Jamás un Secretario sabe cómo administrar el tribunal porque no es capacitado en ello.
- Es bueno que carguen los materiales de manera virtual, pero debe hacerse con la debida antelación no el mismo día de la capacitación para poder imprimirla.
- Han sido acertados, aunque deberían de ser ampliados y actualizados, adicionar nuevos temas, desarrollarlos con suficientes días de capacitación, buscando casos prácticos, con jurisprudencia y resolución de casos.

- El contenido es muy extenso, muy productivo, más sin embargo, muchas veces no son del ámbito o tópico de utilidad e interés según el cargo laboral desempeñado.
- Han sido de aplicación para mi trabajo, no obstante no han solventado todas las dudas. En muchos casos son temas específicos de vigencia y de mayor utilidad y aplicación.
- Nos coadyuvan a darle salidas a problemas que se nos presentan en nuestro diario vivir.

Motivos de la calificación “EXCELENTES”:

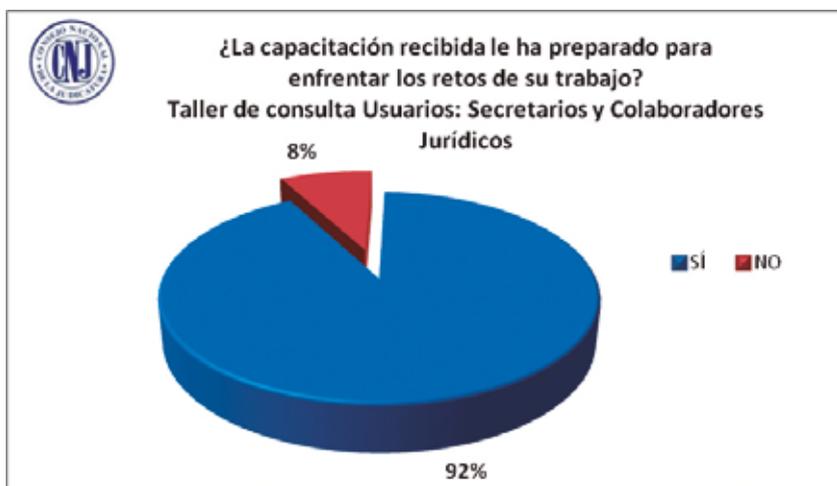
- Los temas son excelentes.
- Son temas precisos, de interés para los operadores del sistema, abogados en el libre ejercicio, dirigidos a temas específicos y se complementan con los factores coadyuvantes, facilidad de acceso, buen estado de instalaciones, etc.
- Los temas han sido buenos, pero se necesita mejorarlo, con el nuevo sistema que ofrecen pienso que se va a mejorar.
- Porque con ello lo aplicamos a nuestro trabajo.
- En ese sentido hasta el momento los facilitadores, algunos tienen buen dominio y capacidad para desarrollar el tema, lamentablemente los empleados tenemos desventajas que los jueces en cuanto a transporte y alimentos.
- Sin embargo, en algunos docentes se ha quedado corto, con la enseñanza, quizá no por conocimiento, pero sí por tiempo; he tenido que documentarme en otro medio para complementar.
- Porque se pone en práctica de su trabajo lo aprendido en las capacitaciones.

- Porque uno adquiere conocimientos y los pone en práctica en sus resoluciones diarias o proyectos que uno realiza en su trabajo y los medios utilizados por el docente, muy buenos, el área de refrigerios es mala.

Motivos de la calificación “BUENOS”:

- Pues no he tenido la oportunidad de recibir varios para poder juzgarlos
- Para comenzar el refrigerio...
- La mayoría de temas son actualizados pero son generales, debería de mejorar en cuanto al adecuado orden en los temas que se imparten en el curso.
- Es necesaria una mayor aplicación práctica.

19. ¿La capacitación recibida le ha preparado para enfrentar los retos de su trabajo?



El 92% de los Secretarios y Colaboradores Jurídicos enunció que SÍ las capacitaciones recibidas le han preparado para su trabajo, por estas razones:

- Considero que en buena medida la capacitación recibida me es de utilidad en mi desempeño laboral.
- Los he resuelto más rápido y con sabiduría siempre apegado a los parámetros que impone la Ley.
- Se han abordado temas que se presentan en la práctica diaria del trabajo, por ello estas han sido mejores aprovechadas pues se ponen en práctica los conocimientos adquiridos.
- Por lo menos las recibidas en el año 2013, fueron y están siendo aplicadas en este año que fue sobre el Código de Procedimientos Civiles y Mercantiles, ya este año se están poniendo en práctica lo aprendido en la capacitación de todos los módulos recibidos en el año 2013.
- Por lo menos de lo aprendido se dirige al jefe a manifestarle lo que realmente se debe de hacer en tal proceso.
- Amplió mis conocimientos y siempre busco ponerlos en práctica.
- Es motivador, es una información útil, da seguridad al desarrollar el trabajo y en tanto al público. Se adquieren conocimientos indudablemente.
- Se resuelve casos tomando en cuenta la capacitación recibida.
- Porque se aprendió como recibir al público, así como los litigantes y como tratar a los compañeros de trabajo.
- Son aplicados en la experiencia de cada proceso a dirimir el conflicto laboral, no obstante, no coinciden con las resoluciones entre las instituciones que tienen relación entre sí, tanto CSJ y Evaluación de ECNJ.
- Considero que he retomado lo más útil de la capacitación y darle prioridad a ese conocimiento, con el trabajo desempeñado, no

obstante, como dije antes tener que documentarme sobre el tema, como complemento.

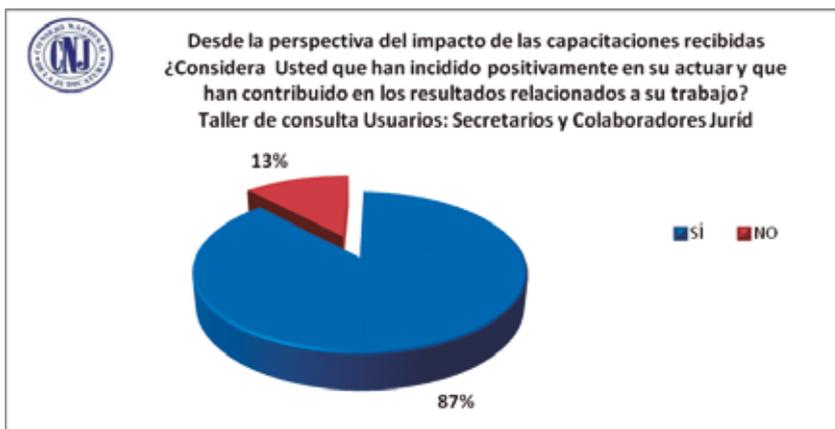
- Para una mejora fundamentación constitucional de las resoluciones.
- Mantiene actualizado mi conocimiento, genera interés en determinados temas, me permite ser un profesional integral.
- En su mayoría hay casos prácticos aunque en otros ha sido muy poca la aplicación, no obstante ello hay docentes que no dan respuestas a ciertas preguntas.
- Definitivamente la formación profesional es con la finalidad de producir resultados en la realidad laboral.
- Han sido útiles y de aplicación en el juzgado y el material que han proporcionado ha sido compartido con los compañeros de trabajo.
- En la práctica de nuestro trabajo se aplica.
- Esto nos fortalece en las áreas que hay dificultades al momento que se le plantean los problemas en el tribunal.
- Con las capacitaciones recibidas me han fortalecido para poder dar una respuesta satisfactoria a los usuarios.

El 8% restante expresó que NO, por los siguientes motivos:

- Lamentablemente, no he recibido capacitaciones acorde a mi área de desarrollo profesional.
- Han sido muy buenas para acrecentar mi conocimiento, pero no necesariamente son relacionadas a mi trabajo.
- Debe de mejorar la relación entre la formación y la especialización práctica que tenemos

LA MEJORA ORGANIZACIONAL DE LA ECJ.

20. Desde la perspectiva del impacto de las capacitaciones recibidas ¿Considera Usted que han incidido positivamente en su actuar y que han contribuido en los resultados relacionados a su trabajo?



El 87% de los Secretarios y Colaboradores Jurídicos opinan que la capacitación recibida ha generado un impacto en su actuar, por los siguientes comentarios:

- Ha contribuido a que pueda brindar mejora atención y de mejor calidad al usuario interno y externo.
- Ayudan en mi actuar, en mis conocimientos personales, pero no para mi trabajo.
- En especial al trato que se le debe dar al usuario, hay una mejor conciencia de mi parte, lo he logrado a través de capacitaciones como género y violencias, psicología y psiquiatra forense, victimología.
- Se han adquirido conocimientos que son aplicables a los casos que se presentan en el diario desempeño de las labores, por lo cual al afrontar los problemas se tienen insumos necesarios para superarlos.

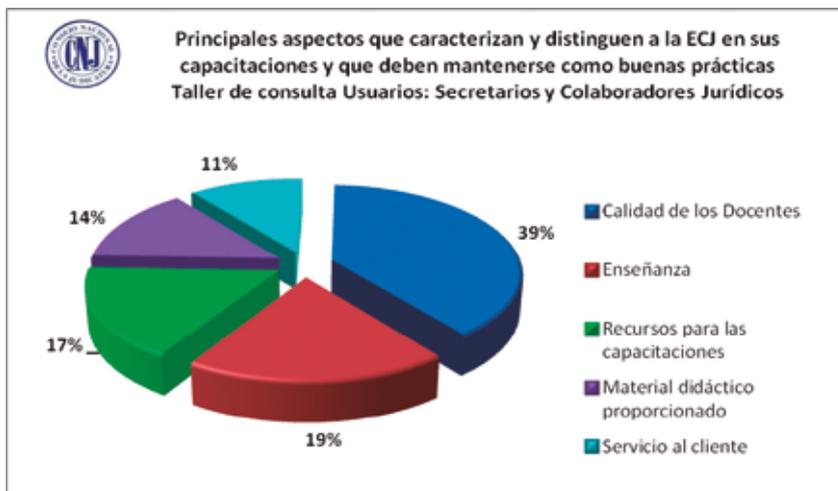
- Reitero lo dicho en la pregunta anterior han sido fundamentales para realizar mi trabajo, diría yo necesaria para poder aplicar el código de procedimientos civiles y mercantiles.
- A medida que se va adquiriendo conocimiento, se va interpretando de manera correcta los casos que se presentan y se resuelven pegado a derecho.
- Se pone en práctica lo que se aprendió en alguna capacitación.
- Han despejado dudas que de cierta forma han surgido.
- Aprendemos a ser cada día más eficientes, recibimos el método idóneo de conducirnos en el trabajo con el público y la mejor manera de elaborar o mejorar la forma en que hacemos nuestro trabajo.
- Por el conocimiento recibido tenemos resoluciones o fallos que damos en el tribunal.
- Ayudan a fortalecer conocimiento jurídico general.
- Si bien es cierto son aplicados laboralmente; sin embargo, se encuentran vacíos de los cual en la experiencia se encuentran en conflicto hasta los mismos jueces por competencia de materia y territorio.
- Hay casos puntuales que de una forma se han tocado en las capacitaciones y el conocimiento se ha puesto en práctica.
- Hay áreas que no se manejan muy bien, pero con las capacitaciones de la ECJ se pueden conocer mejor para implementarlo en el trabajo.

- He puesto en práctica lo aprendido y el interactuar con otros me ha enseñado a ver algunos puntos importantes que desde mi trabajo no había podido detectar.
- En relación con la respuesta anterior de enfrentar los retos en mi trabajo, son indispensables para el colaborador, operador o aplicador de justicia, justamente acá se mide la eficacia.
- Muchos de los temas posteriormente los discutimos si los hemos estado aplicando de manera diferente y el juez es abierto para discutir las nuevas posturas.
- El capacitador del CNJ, con el código en mano va explicando.
- Porque nos ayudan a fortalecer y poner en práctica los conocimientos adquiridos en los problemas suscitados en el tribunal los cuales son de diferente índole.
- He adquirido más conocimientos, los cuales he puesto en práctica en mi lugar de trabajo, con los usuarios, compañeros y jefes.

El 13% restante expresó que NO, por estas razones:

- Es debatible, insisto las capacitaciones a las que he asistido, no se relacionan necesariamente con el área en la que trabajo. Si han incidido en mí actuar que me permite relacionar diversas ramas del derecho en una actuación judicial, pero algunas de ellas no han sido sobre temas y conocimientos directos sobre la rama del derecho en que laboro.
- No hay una constante capacitación...se que faltan recursos para ello y somos muchos.

21. ¿Cuáles considera que son los principales aspectos que caracterizan y distinguen a la ECJ en sus capacitaciones y que deben mantenerse como buenas prácticas



Las fortalezas enunciadas por el grupo de Usuarios, listan:

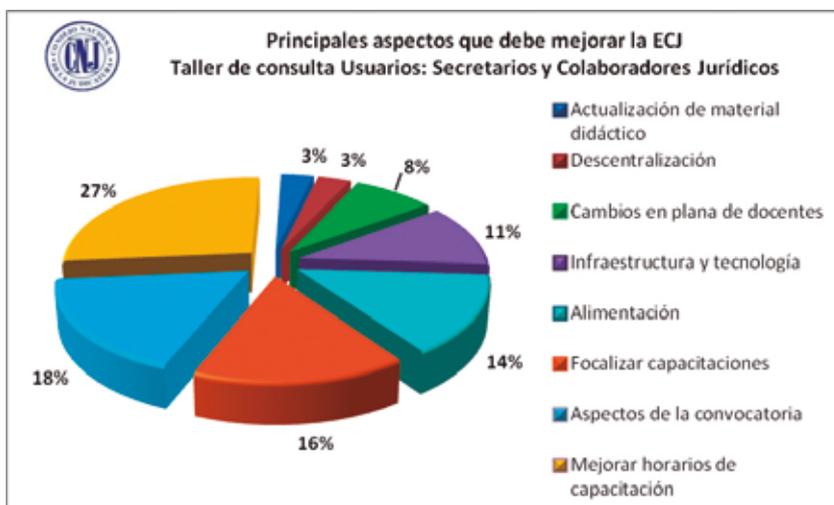
- 39% de los asistentes opinan que es la Calidad de los docentes por su profesionalismo, conocimiento en el tema, profesionales de renombre, prácticos y con buen manejo del tema, profesionales con trayectoria, educados y cordiales, especializados.
- 19% La enseñanza, en cuanto a que se imparten temas de aplicación inmediata, la diversidad de algunos cursos, capacitaciones especializadas, educación virtual y aplicación práctica de los conocimientos adquiridos.
- 17% Recursos para las capacitaciones, mencionando los medios audiovisuales, la accesibilidad del parqueo, condiciones ambientales adecuadas en los salones de capacitación, lugar y ambiente agradables, buen equipo didáctico y comodidad.
- 14% opinó sobre la calidad del material didáctico proporcionado para las capacitaciones y su envío con antelación.

- 11% Servicio al cliente respecto al buen trato que proporciona a los capacitandos, el interés constante por mejorar la calidad del usuario en su aprendizaje para llevarlo a la práctico y escuchar a los capacitandos.

Otros aspectos favorables mencionados, fueron:

- Es integral.
- Que los horarios no pasen de las 5:00 pm.
- Hacer una reingeniería total, comenzando por reunir los insumos administrativos jurídicos y tecnológicos.
- Mejorar en transporte y alimentos para no ser afectados por ser empleados de la misma institución del Estado.
- Fortalecer el equipo administrativo en área virtual.
- Su preparación y profesionalismo.
- Su prestigio a nivel nacional.
- Su impacto en el ámbito judicial.
- Excelentes, su refrigerio y almuerzo.
- Puntualidad en los horarios convocados.
- Constantes.
- Por ser una institución que tiene fundamento constitucional y puede actuar imparcialmente en la toma de sus decisiones, debiendo mantener esa neutralidad que toda institución debe tener para gozar de credibilidad.
- Enfocarse a las áreas que le son aplicables al capacitado, es decir que la Escuela ha logrado individualizar ciertos temas para cada área del sector justicia, en particular: Penal para juzgados con dicha competencia, etc.

22. En general, ¿Cuáles considera que son los principales aspectos que debe mejorar la ECJ?



Las áreas de mejora identificadas por los Secretarios y Colaboradores Jurídicos fueron:

- 27% expresaron que se mejoren los horarios de capacitación, por ejemplo en días y horarios hábiles, no recibir capacitaciones en días sábados, que no terminen muy tarde por aspectos de transporte y distancia.
- Un 18% opinó respecto a las convocatorias específicamente que no se hagan en forma coercitiva –como la ley establece hoy-, que sean con anticipación, que se convoque a los temas que se han solicitado, que se tenga control y secuencia referente al área que se ha convocado hasta concluir dicha, convocar a colaboradores jurídicos, ampliar el universo de convocados a capacitación, que no se convoque al mismo grupo por lo que debe mejorarse ese proceso de selección de personas que serán capacitadas.
- 16% identificó la focalización de capacitaciones, es decir, profundizar en derecho sustantivo ya que se han limitado a dar capacita-

ciones en el área procesal, pero debe de acompañarse de derecho sustantivo necesarios, así como que los temas a impartir deben ser orientados a personas que trabajan en la materia. Por otra parte opinaron que debe ser continua la capacitación y no convocar un año después para continuar un determinado curso que tiene varios módulos, así como capacitar sobre nuevas leyes de jurisdicción, y homologar cursos con los estudios especializados.

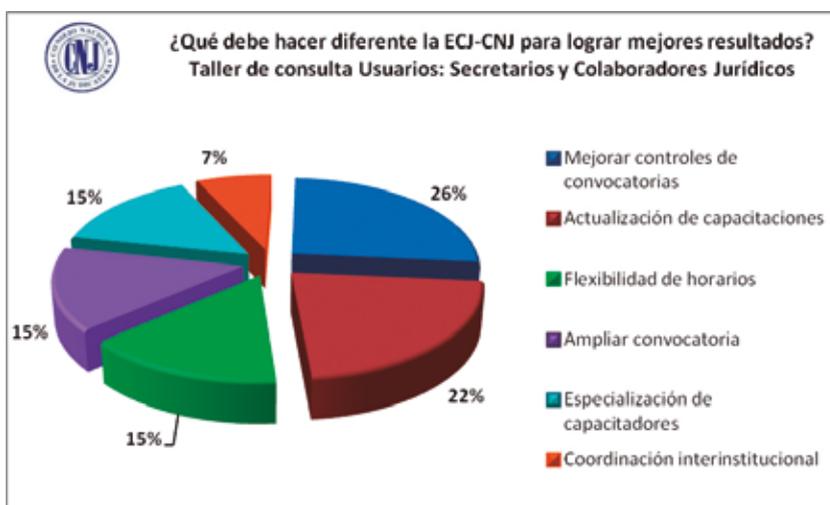
- Un 14% mencionó que debe mejorarse la alimentación (refrigerios y almuerzo).
- En un 11% describió aspectos de infraestructura y tecnología, por ejemplo: que los las aulas, sanitarios y otros lugares de la Escuela estén más limpios, colocar aires acondicionados en temperaturas agradables, evolución tecnológica y ampliar los lugares para recibir capacitaciones.
- En porcentajes menores de 8% y 3% opinaron aspectos de mejoras en ampliar la plana de docentes y de su actualización, así como la actualización de materiales didácticos y realizar descentralización para abarcar más departamentos donde se puedan impartir las capacitaciones que faciliten a los usuarios su acceso.

Otros aspectos mencionados fueron:

- Masificar las capacitaciones un 500%.
- Darse a conocer o promocionarse más.
- Capacitar anticipada para la aplicación de justicia.
- Permitir al formado crecer e incorporarse a las ternas judiciales.
- Documentación virtual y que sea accesible.
- Equiparar la calidad de contenido en la capacitación de funcionarios judicialesd –jueces y magistrados- con los demás capacitandos.

- Exhortar al personal CSJ el objeto de las capacitaciones y coordinar para no afectar nuestro trabajo cuando nos toque asistir.
- Debe incidir la participación del capacitado para crecer en la carrera judicial.

23. ¿Qué debe hacer diferente la ECJ-CNJ para lograr mejores resultados?



Para que se logren mejores resultados en la ECJ-CNJ, los usuarios participantes del taller enunciaron principalmente las siguientes: 26% mejorar controles de convocatorias, 22% actualización de capacitaciones, 15% flexibilidad de horarios, 15% ampliación de convocatorias, 15% especialización de capacitadores y un 7% la coordinación interinstitucional.

A continuación se listan las sugerencias descritas por los Usuarios: Secretarios y Colabores Jurídicas:

- Que se mejore el acceso para las personas que asisten del interior del país, así como también los horarios (en horas hábiles).

- Mayor apertura o flexibilidad de horarios para las capacitaciones.
- Poner horarios y permitir inscripciones a los convocados en varios horarios flexibles, así verán que hay horarios más atractivos que otros.
- Programar horarios accesibles que no sean jornadas extensas.
- Debe ser obligatoria la asistencia.
- Primer lugar, decir que es obligación que se asista a cierta capacitación.
- Las convocatorias se hagan con anticipación, que me convoque a los temas específicos que solicite en esta evaluación y que se convoque todo el personal de los tribunales, colaboradores jurídicos.
- Convocar a todos los colaboradores de un juzgado uno a uno, pero de tal manera que a todos se facilite la capacitación.
- Tienen una buena planta de capacitadores, pero puede mejorarse
- Especializar más a los capacitadores en áreas específicas como tránsito, mercantil, civil, laboral, etc.
- Mantener la calidad de los formadores o capacitadores de justicia.
- Me parece que sus procedimientos que utiliza para capacitar a los operadores de justicia está bien, pero debe estar en constante actualización de sus capacitadores y deben ser bien seleccionados en temas que requieren cierta especialidad.
- Ofrecer otros temas de capacitación (por ejemplo virtuales),
- Que las capacitaciones sean de forma virtual, ya que las personas que viajamos desde lejos se nos dificulta la llegada a la Escuela.

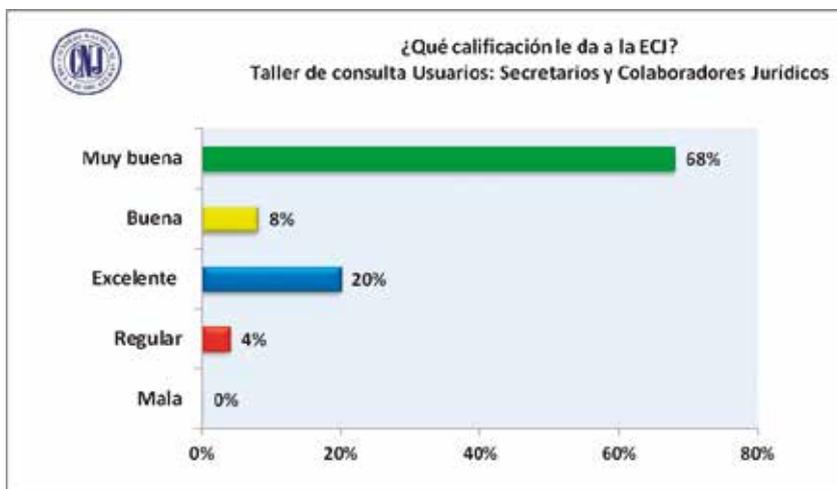
- Actualizar los temas a impartir.
- Brindar seminarios, diplomados, etc., que ayuden a la currícula.
- Bueno para recibir capacitaciones virtuales debe haber Internet fuerte y rápido porque si no de nada sirve.
- Mejorar o innovar métodos de formación y evaluación.
- Coordinación institucional CSJ – CNJ para facilitar capacitación.
- Mejor coordinación con la CSJ y otros operadores para facilitar el acceso a las capacitaciones.
- Mejorar el control sobre a quienes se les ha capacitado y sobre qué temas.
- Convocar a capacitaciones según área de trabajo y que el que tenga interés en otra área que se pueda inscribir de manera libre y opcional, así tendrán más asistencia a los cursos.
- Convocar a jueces y verificar asistencia para que se actualicen.
- Capacitar a todo el personal del juzgado, sin exclusión de nadie, porque todos somos un equipo.
- En algunos casos es importante que tanto a los jueces y secretarios se les impartan los mismos temas de capacitación; pues, ellos son los líderes y por tanto deben de compartir algunos criterios que abonen al mejor desempeño en la administración de justicia.
- Tratar de ser equitativos en las convocatorias.
- Hacer un poco de fuerza para que pueda asistir.
- Dar orientación o concientización a jueces y magistrados sobre cómo manejar y aplicar el tribunal pidiendo o facilitando las he-

rramientas como: capacitación y quipo informático, sillas y escritorios en buen estado. Si el empleado cuenta con todas sus herramientas de trabajo rendirá mejor.

- Que se avoque a los jueces para concientizarlos a que sean ellos que soliciten herramientas y recursos para su tribunal.
- Dar la capacitación tipo materia de la universidad.
- En cuanto a los servicios que ofrece debe haber mayor promoción, como por ejemplo dar a conocer los cursos que ofrece, no sólo a través de su página Web sino de manera directa a los empleados judiciales.
- Que tienen que actuar por igual tanto como empleados y jueces, en cuanto a capacitaciones y alimentos o transporte para el área urbana, los jueces tienen mejores condiciones que los empleados.
- Proporcionar una computadora por capacitando.
- Proporcionar transporte a personas que viajan del interior del departamento para facilitar la llegada.
- Invertir en infraestructura y tecnología.
- Actualizar tecnológicamente hablando.
- Invertir más en ampliar la cobertura de formación.
- Incentivar al empleado.
- Relacionar la formación con el desarrollo profesional de los colaboradores y secretarios mejorando en este aspecto la coordinación con CSJ.
- Ir a capacitar a los juzgados, para que vean la dinámica de cada tribunal.

- Mejor comunicación con el juez para beneficiar a los colaboradores.
- Aplicar y hacer los cambios necesarios que se detallan en la pregunta 10, es decir, que tomen en cuenta lo que uno expresa para mejorar.
- Ser equitativa para todos y todas.
- Seguimiento del capacitado.
- Tener comunicación con la unidad de evaluación para cubrir deficiencias encontradas.
- Que las capacitaciones no se vean como obligatorias.

24. De acuerdo a los temas abordados en esta encuesta y a su experiencia en general ¿Qué calificación le da a la Escuela de Capacitación Judicial del CNJ?



La calificación general otorgada a la Escuela de Capacitación Judicial por parte de los Secretarios y Colaboradores Jurídicos fue de “Muy Buena” con un 68%; mientras que un 20% opinó que es “Excelente” y en menor escala de 8% dijo que es “Buena” y un 4% otorgó una calificación “Regular”.

¿VIEJOS DESAFÍOS, NUEVAS HERRAMIENTAS? PROFESIONALIZACIÓN, CARRERA Y FORMACIÓN JUDICIAL POR COMPETENCIAS

Roberto Rodríguez Meléndez¹
Escuela de Capacitación Judicial

“Durante la celebración de un congreso se pudo escuchar el siguiente diálogo: un pedagogo experto en formación profesional tomó la palabra y afirmó: Bueno, a veces me da la impresión que con todas estas innovaciones en el contexto de la europeización de la formación profesional estamos “desmontando” paso a paso nuestro Sistema (...), los demás participantes asientan con la cabeza. Otro ponente, reaccionó de forma inesperada y afirmó: comparto esa preocupación. a mí me ocurre lo mismo, aquello que ya conozco y me resulta familiar, me cuesta trabajo imaginármelo de otra manera. Y tuve que aprender que no quiero que nadie me enseñe nada cuando se trata de la discusión sobre cuál es realmente el mejor sistema, tan arraigado estoy en lo que ahora ya está cambiando” Rolf Arnold; “Desarrollo de competencias sistémico”.

SUMARIO

I.- Introducción. II.- Desarrollo profesional: ¿Aprendizaje o desempeño? III.- Desarrollo profesional y formación basada en competencias. IV.- Capacitación judicial por competencias y etapas formativas del profesional del Derecho V.- A modo de conclusión: el CNJ como una institución orientada hacia el desarrollo profesional del funcionario y empleado judicial.

I.- Introducción

Recientemente, el Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, por medio de su Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo”, y con el apoyo del pueblo y gobierno de los Estados Unidos por medio del Proyecto de USAID, “Fortalecimiento del Sector de Justicia”, ha venido desarrollando una serie de foros y talleres con Jueces y Magistrados del país, capacitadores de la ECJ y en general con miembros del Sector de Justicia, en los que ha estado presentando una serie de retos y desafíos que como Escuela estamos considerando para mejorar nuestro quehacer y coadyuvar al logro de nuestra misión y visión institucional.

1. Director de la Escuela de Capacitación Judicial del “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador. (rrodriguez@cnj.gob.sv)

En estos espacios se ha reflexionado sobre los procesos de formación y de fortalecimiento institucional que apoya la Escuela, pero también de diversas iniciativas que hemos presentado a capacitadores y usuarios de los servicios de capacitación. Dichos proceso, básicamente tienden a promover el cambio y la mejora institucional.²

Dentro de esos procesos se encuentra el diseño y gestión de la capacitación a través de un modelo o enfoque por competencias, al cual nos referiremos particularmente durante este breve ensayo, dada su novedad como modelo o referente de la capacitación judicial³, en este caso.

Tomando en cuenta lo anterior y, además, mis propias limitaciones sobre el tema, me ha parecido adecuado profundizar en los retos planteados, pero especialmente tratar con algún grado de detalle este marco de referencia en el que deseamos involucrarnos: la implementación del enfoque por competencias en la formación judicial, y así brindar un aporte para aquellos que han manifestado interés de ahondar, acompañar y conocer sobre estos modelos.

Aunado a lo anterior, en este artículo hay un sano interés por analizar los alcances teórico-prácticos referidos al modelo de formación por competencias orientado hacia operadores judiciales, así como también compartir o reflexionar sobre elementos que faciliten la incorporación del mismo en la práctica, a efecto de trascender la mera enunciación de dicho enfoque en documentos formales, y generar, por consiguiente, acciones que realmente nos acerquen a la mejora de la capacitación judicial en El Salvador. Una

2. “Una sociedad en cambio permanente exige de procesos y organizaciones adaptables, que revisen sus formas de actuar de acuerdo con las cambiantes necesidades del entorno. (...) Las modificaciones que se dan en una realidad concreta podemos calificarlas de cambio, en la medida que alteran la situación y generan respuestas distintas a las existentes (...) Hablaremos de mejora cuando el cambio promovido incorpora unas respuestas más aceptables que las existentes, respecto a los valores o prioridades que se hayan establecido”. Gairín, Joaquín; Rodríguez-Gómez, David; “Cambio y mejora en las organizaciones educativas”, *Revista Educar*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, vol 47/1, 2011., p. 32.

3. Como modelo educativo, y como veremos más adelante el modelo o enfoque por competencias en el aprendizaje podría tener varias décadas de implementación en el contexto latinoamericano.

mejora que responda a cambios que van generándose en nuestra sociedad, que repercuten en el sistema de justicia y que nos llaman a transformar nuestras organizaciones y los sistemas de aprendizaje que acompañan a las mismas⁴.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la idea de “mejora” para que genere un impacto en nuestro actuar requiere al menos de dos elementos: el primero, es partir de las buenas prácticas que se han cimentado previamente, en tanto que, toda institución requiere analizar la experiencia previa y, a partir de ella, identificar nuevas rutas de acción. No se puede ni se debe partir de la descalificación del trabajo efectuado, pues ello impide el reconocimiento y aceptación de aquello que merece mantenerse y retomarse.

Lo segundo, es que esa idea de cambio y mejora permita imprimir un rumbo diferente al trabajo cotidiano, en nuestro caso, de la formación y capacitación judicial, en tanto que, al menos para el autor de estas líneas -y estoy seguro que buena parte de los miembros de la Escuela de Capacitación Judicial- estamos más interesados en mejorar lo que hacemos que en solo justificar discursivamente que estamos innovando. En este sentido, vale la pena citar a Díaz Barriga, quien nos recuerda que *“Lejos estamos de pensar que toda propuesta de cambio realmente le imprime un rumbo diferente al trabajo cotidiano que se realiza en las aulas. No porque desconozcamos el valioso esfuerzo de un número importante de docentes por impulsar nuevos sentidos y significados a su práctica pedagógica, sino porque también es cierto que el espacio del aula, aparece abandonado en la mayoría de los casos a la rutina, al desarrollo de formas de trabajo establecidas”*⁵.

-
4. Véase a este respecto, Luengo Navas, Julián; Luzón Trujillo, Antonio; Torres Sánchez, Mónica; “Las reformas educativas basadas en el enfoque de competencias: una visión comparada”, en: Revista Profesorado, Revista de Curriculum y formación del profesorado, n° 3, vol, 12, Universidad de Granada, Granada, 2008. Disponible en: <http://www.ugr.es/~recfpro/rev123ed.pdf>
 5. Díaz Barriga, Angel; “El enfoque de competencias en educación ¿Una alternativa o un disfraz de cambio?, en: Revista Perfiles educativos, vol XXVIII, núm. 111, México, 2006., p. 10. Quizá, valga la pena mencionar que existen áreas que han sido muy resistentes a revisar las prácticas –como la educativa que tradicionalmente la han cimentado. Así por ejemplo, no me cabe la menor duda que “puertas adentro” ha sido difícil transitar y cambiar hábitos y pautas culturales propias de la familia: pautas de crianza, igualdad de miembros de una familia. En este mismo sentido, quizá, “puertas adentro”, también ha sido difícil modificar las pautas de trabajo y hábitos en nuestra práctica docente.

Ahora bien, antes de entrar en materia vamos a comenzar acercándonos a dos elementos con los que se interrelaciona la formación de los profesionales de la justicia: a) la Carrera Profesional – en este caso Judicial- y b) el Desarrollo Profesional. Lo anterior debido a un tema muy particular de la Administración de Justicia salvadoreña que, como bien conocen los operadores del sistema judicial, dichas áreas del desarrollo del sistema judicial han sido funcionalmente asignadas a dos instituciones que velan y coadyuvan en el quehacer de la Carrera y Desarrollo profesional del Juez: la CSJ y el CNJ.

Y es que, aunque lo adelante, me parece que una de las conclusiones de este artículo consiste en que el enfoque por competencias sólo puede desarrollarse de forma exitosa, si existe, de forma previa, un acuerdo o una apuesta entre ambas organizaciones al respecto. Dicho de otra forma: el enfoque por competencias requiere tomarse en serio elementos como el desarrollo profesional y su vinculación con la Carrera en el seno de las organizaciones y ello requiere, en el caso de la Administración de Justicia de El Salvador, una coordinación y acción integrada entre las instituciones llamadas a trabajar en estas dos grandes áreas de desarrollo organizacional.

Dicho lo anterior, podemos iniciar indicando que en el caso de la Carrera Profesional de los Jueces, tradicionalmente visualizamos una especie de pirámide, representada en nuestro imaginario como una escalera en la que van ascendiendo por mérito, experiencia y capacidad –entre otros elementos objetivables de selección y promoción- los miembros de la judicatura, pero que a la vez incorpora procesos para el crecimiento y desarrollo horizontal⁶ de operadores judiciales.

6. El desarrollo horizontal en una Carrera Profesional implica la posibilidad de promover el crecimiento de una persona dentro de una organización, sea en el mismo espacio geográfico o en la misma función, pero mejorando su estatus y retribución. También se habla actualmente de “polivalencia funcional horizontal”, donde la persona, debido a su amplia experiencia y competencia, puede ocupar puestos diferentes, con funciones diferenciadas”, dependiendo mucho de la flexibilidad de la persona para adaptarse a contextos y tareas tan diversas donde se ejerzan acciones técnicas, administrativas, decisorias, comunicacionales, informáticas, tecnológicas, etc. Cfr. Hintze, Jorge; “Capacidad institucional y profesionalización: el enfoque ORH”, p. 11. Ponencia presentada al VII Congreso del Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo –CLAD-, Lisboa, 2012., p. 11

Como nos recuerda Fajardo, “el concepto de carrera judicial para su comprensión, inicialmente, se puede definir desde dos perspectivas, la primera tradicional o restrictiva y la segunda amplia o moderna”⁷.

La primera hace referencia a un estatuto de jueces y magistrados y casi se reduce a establecer el escalafón judicial. Por otro lado, “...De acuerdo al segundo criterio, la carrera comprende no solo al personal jurisdicente, sino que abarca a todos los servidores judiciales, es decir, a todo el personal al servicio del poder u órgano judicial”⁸. En fin, podría concluirse con dicha autora que la Carrera Judicial es el conjunto de principios, normas y criterios que regulan el ingreso, permanencia, promoción y terminación del cargo de juez y del personal judicial que se encuentre inmerso en aquella⁹. Es, por decirlo en otras palabras: estructura, metas-objetivo e incentivo.

Por su parte, hablar de Desarrollo Profesional es trabajar sobre la base de un modelo de gestión de las personas dentro de una organización, que no coincide necesariamente con ese imaginario e idea de Carrera Judicial, ya que su contenido es más amplio: “*el desarrollo profesional comprende un conjunto de actuaciones que hacen compatibles las aspiraciones de mejora profesional del trabajador con las necesidades de la organización*”¹⁰. Podríamos decir, además, que es proceso y gestión de las personas de manera orientada o acorde a las metas y objetivos definidos desde la organización.

Como podrá colegirse, si bien ambos aspectos están íntimamente relacionados –Carrera y Desarrollo Profesional–, el punto de partida de este ensayo, es que dichos términos no son sinónimos, pero requieren de una estrecha relación en tanto que, la ausencia de “vasos comunicantes” entre ellos, genera no sólo contradicciones innecesarias, sino también la percepción

7. Fajardo Miranda, Ingrid Marisol; “El ingreso a la judicatura en El Salvador”, tesis de maestría, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2013, p. 41.

8. Ídem.

9. No es el objetivo central de este artículo adentrarnos en la problemática relacionada con los sujetos que deberían o pudieran formar parte –aunque no formen parte actualmente– de la Carrera Judicial en El Salvador.

10. Diputación de Barcelona; “Desenvolupament de persones, núm. 2, Barcelona, 2005.

interna y externa de una manifiesta debilidad institucional para fortalecer la Carrera y a las personas que forman parte de ella.

Sin embargo, no debo dejar de mencionar al lector los riesgos incurridos en el tratamiento o abordaje de este planteamiento en tanto que la Carrera Judicial y el Desarrollo Profesional de sus miembros, requieren de un análisis legal o normativo, pero también desde disciplinas o áreas de conocimiento como la gestión de recursos humanos y el Desarrollo organizacional. Y es que la gestión de la labor que las personas efectúan dentro de una organización pública puede ser tratado desde las visiones propias del diseño normativo, así como también del desarrollo de los recursos humanos, o bien, desde el plano organizacional de una institución que obedece a un entorno y una cultura determinada, y de la que un individuo con múltiples expectativas forma parte.

Sin embargo, el eje central en este artículo son las personas, en tanto que como bien manifiesta McLagan¹¹: “Las organizaciones que afronten los problemas con dinero y tecnología, sin implicar a las personas en ello, no sobrevivirán –especialmente en las industrias donde los conocimientos, actitudes, habilidades y buena disposición al cambio de las personas son críticos para una ventaja competitiva (...). Los cambios que las organizaciones deben hacer sólo serán exitosos si las personas cambian, y crecen y, si las organizaciones como sistemas sociales pueden modificar su actuación de manera diferente (...)”.

De hecho podemos adelantar que uno de los elementos por los cuales la formación orientada bajo un enfoque por competencias ha tenido un relativo auge en las últimas décadas, consiste en que pretende recuperar la humanización del trabajo, es decir, centrar nuevamente el proceso de aprendizaje y de crecimiento social y económico en el ser humano, como agente y beneficiario del cambio.¹²

11. MacLagan, Patricia; “Models for HDR Practice” en: Training and development Journal, September, 1989, p. 49-59 (traducción propia del autor).

12. Ducci, María Angélica; “El enfoque de competencia laboral desde la perspectiva internacional” en: Formación basada en competencia laboral. Situación actual y perspectivas. Seminario Internacional, OIT/CINTERFOR/CONOCER. Guanajuato 23-25 de mayo, pp.15-26. Disponible en: <http://www.cinterfor.org.uy/public/spanish/region/ampro/cinterfor/publ/competen/pdf/mexcl.pdf>

II.- Desarrollo profesional: ¿Aprendizaje o desempeño?

Dos han sido los grandes ámbitos en los que pareciera que se ha relacionado la idea del Desarrollo Profesional. Por una parte como un proceso de aprendizaje y por otra, como mejora en el desempeño de una actividad.

Resumiendo mucho, en los “énfasis” expuestos en uno u otro caso, podríamos indicar con temor a equivocarnos que en caso del Desarrollo Profesional visto como un aprendizaje estaríamos ante una corriente o modelo que identifica al DP como un espacio que “promueve la capacidad de aprendizaje a nivel individual, grupal y organizacional en relación con el trabajo en las organizaciones”¹³; mientras que en el caso del modelo basado en el desempeño, el énfasis y la diferencia radica no en la exclusión de la formación o capacitación como herramienta para el desarrollo profesional, sino que a diferencia de aquella perspectiva, “se contemplan tanto acciones formativas como las no formativas para conseguir mejoras en el Desarrollo Profesional de las personas que laboran en una organización¹⁴”.

Es ahí, donde podemos plantear una primera reflexión: a diferencia de los “modelos más tradicionales”, para desarrollar profesionalmente a una persona dentro de un entorno laboral, no solo basta con desarrollar procesos de aprendizaje orientados hacia los individuos (Aprendizaje individual), como pareciera ser el centro de atención de las acciones formativas de nuestra Escuela de Capacitación Judicial; sino que además se requiere de otros procesos organizativos (que pueden ir desde los Planes de Carrera Judicial, hasta el diseño del perfil de puestos de trabajo, por poner un ejemplo) que coadyuven a la interacción entre los niveles individual-organizacional.

En otras palabras, siguiendo las ideas antes expuestas, el desarrollo profesional de un Juez o Magistrado, como ha venido sosteniéndose desde la creación misma del CNJ y su Escuela, implica necesariamente de procesos de formación inicial y continua para el mejoramiento en el puesto de

13. Swanton, R.; Holton, F.E.; “Foundations of Human Resource Development”, 2° edition, Berrett-Koehler Publishers, San Francisco, 2008., p. 98 ¿? (traducción propia del autor).

14. Ídem.

trabajo, pero a su vez, se requiere fortalecer los sistemas organizacionales en los cuales los jueces y magistrados llevan a cabo su trabajo y gestionan procesos, recursos humanos y quizá hasta recursos financieros o logísticos que con un sentido planificador promuevan los cambios deseados.

Es decir, se sostendría, desde esta perspectiva que el desarrollo profesional debe ir unido a la mejora de las capacidades de las personas, pero también a la mejora de los procesos organizativos y del diseño mismo de las organizaciones, pues de lo contrario, el impacto de la formación correría el peligro de perderse ante el frontal choque con diseños, prácticas, culturas y procesos que se resisten al cambio que se quiere desarrollar a través de la formación o capacitación.

Este es un punto sensible en el ámbito de la Administración de Justicia salvadoreña, en tanto que, en los espacios sostenidos con jueces y profesionales con los que hemos dialogado, existe un elemento que complejiza el proceso antes mencionado: la usual diferencia que se señala entre lo que la ley establece y lo que la realidad (recursos humanos, financieros, institucionales) permite. Así por ejemplo, algunos aspectos que en las jornadas de trabajo que hemos realizado, han sido puestos de manifiesto y que podrían estar relacionados con este aspecto son las siguientes:

- La solicitud por parte de miembros de la judicatura de coordinar actividades formativas por parte del CNJ con actividades de CSJ, de tal manera que pueda optimizarse el uso del tiempo y de los recursos existentes, para no duplicar esfuerzos, y en el mejor de los casos, para lograr un uso eficiente de los mismos.
- La identificación por parte de Jueces y Magistrados de la necesidad de desarrollar y atender desde la “capacitación”, aspectos problemáticos en materia de gerencia judicial, así como también elementos relacionados con la toma de decisiones sobre el manejo de recursos humanos al interior del sistema de Administración de Justicia.
- La necesidad de conocer con mayor detalle por parte de los funcionarios judiciales la oferta de formación, de tal manera que la misma pueda ser “adecuada” a sus requerimientos, necesidades y problemas del día a día de la organización.

- La demanda formativa en temas relacionados con el análisis de las normas administrativas relativas a la gestión organizacional de la función judicial.
- Las constantes justificaciones por parte de los señores jueces y magistrados que señalan que “no les queda tiempo” para la formación debido a la carga laboral existente, y que para el CNJ y su Escuela es un elemento preocupante, en el sentido que una organización que no dispone de tiempo para la formación continua de sus cuadros termina -en el mejor de los casos- en la rutinización y burocratización de acciones, dado el escaso espacio de reflexión crítico-constructivo disponible.
- La necesidad detectada de desarrollar con los operadores judiciales procesos de cambio organizacional requeridos en el seno del Órgano Judicial, entre otras, como por ejemplo, el desarrollo paralelo de procesos que faciliten la implementación del nuevo modelo de gestión a partir de los denominados “Centros Integrados del Sistema de Justicia” en El Salvador.
- La crítica que suelen indicar jueces y magistrados sobre la necesidad de que existan criterios objetivables –versus la opacidad- que permitan analizar su desarrollo profesional y su avance en la carrera judicial, y donde la formación y la evaluación del desempeño, juegan un papel importante.

En fin, pareciera que la enumeración de aspectos o contenidos que precisan del mejoramiento organizacional a través del apoyo por medio de procesos de aprendizaje –y viceversa- es muy amplia.

Podemos entonces suponer que el desarrollo profesional de un juez, requiere indudablemente del desarrollo de procesos de formación o capacitación inicial y continua –ello es indudable-, pero la mejora de su desempeño va más allá: conlleva la necesidad de acompañar la formación con la revisión de las pautas de trabajo, de la cultura y del diseño organizacional de tal manera que el aprendizaje pueda ser puesto en práctica, en tanto que individuo y organización se definen mutuamente.

Es indudable que el diseño de la Carrera Judicial en esta interacción entre organización y aprendizaje individual es central, ya que favorece el reconocimiento de un crecimiento profesional de la persona en la organización a partir de su desempeño, y por que no, también de su actualización continúa.

De hecho, la Carrera o los llamados Planes de Carrera surgen históricamente de la necesidad de las organizaciones de identificar las necesidades requeridas por la organización y preparar a los cuadros para su labor o función, pero también para sistematizar las vías de crecimiento de las personas dentro de aquella. Ambos procesos se unen en un punto: la obligada motivación hacia los empleados para su mejora continúa, y como esta puede generar incentivos positivos en el desarrollo de una persona a lo largo de su vida profesional.

Es preciso en todo caso, hacer referencia al modelo profesional sobre el cual se estructuraba originalmente la Carrera Judicial, y que se configuraba como un sistema jerárquico y de diseño tradicional de tipo vertical, que en el ámbito judicial ha sido descrito de forma magistral por Perfecto Andrés Ibáñez cuando ha analizado lo que ha sido denominado como modelo napoleónico de organización del sistema judicial.¹⁵

Baste recordar, como refiere dicho autor, que este modelo es heredero de las estructuras organizacionales de corte militar que sirvieron a la Francia del siglo XIX para dar una imagen y figura, en general, a la Administración Pública del siglo XIX, incluida, claro está, la organización de la Administración de Justicia, con específicas consecuencias en su implementación: "...la férrea vinculación jerárquica y el control ideológico generados por el modelo continental de organización judicial fue siempre un potente factor de neutralización de la independencia de criterio de los jueces y dio lugar a la vigencia efectiva de un peculiar stare decisis, no tanto en razón de auctoritas o de la calidad de la doctrina de las decisiones, sino sobre todo como consecuencia de la potestad de quien las emitía, derivada de su posición administrativa supra-ordenada en la escala jerárquica".¹⁶

Como nos recuerda recientemente Fajardo: "La idea básica es organizar a los jueces como militares, es decir, en categorías o por grados, y en la

15. Véase al respecto Andrés Ibáñez, Perfecto; "Gobierno Democrático del Poder Judicial", en: AA.VV; "Justicia para todos", Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho -FESPAD, San Salvador, 1997, especialmente, de la p. 47 y ss.

16. Ídem p. 48-49.

cima del órgano judicial se encuentra la Corte Superior, quienes definen en última instancia los procesos legales, y son los encargados del proceso sancionatorio de los jueces. Este modelo es conocido como altamente burocrático. Con un proceso de formación ejecutado exclusivamente dentro de la organización judicial cuyos criterios de ascensos dentro de la estructura jerarquizada son la antigüedad y el mérito”¹⁷.

Frente a esta visión de “la organización de lo judicial”, surge uno de los principales avances en materia de modernización y reforma de la Administración de Justicia en América Latina, especialmente en lo que atañe al mejoramiento y consolidación del desarrollo profesional y la carrera judicial, considerado inclusive como una profunda “revolución en el palacio de la justicia”, generada por medio de la aparición de los Consejos Nacionales de la Magistratura en Europa y posteriormente, en Latinoamérica.

Así, frente a la obsolescencia y necesaria sustitución del modelo burocrático de corte napoleónico a nivel de Administración pública, se suma, de la mano a la aparición de los Consejos Nacionales de la Magistratura o Judicatura, también la gestación de un Modelo de Carrera para la Administración Pública, más flexible y menos burocrático, donde:

- Las Carreras prevean salidas laborales que pueden apoyar o fortalecer el desarrollo de la Administración Pública, no sólo en una única organización sino en diversos ámbitos.
- La promoción y el ascenso en la carrera no se basan ya solo en criterios como la antigüedad, sino en la capacidad de aprendizaje del individuo y en la adquisición de nuevas competencias (modelo por competencias), que la realidad y el desempeño del puesto de trabajar va requiriendo;
- Dichas competencias se verifican de manera objetivable, y no se generan “saltos en la Carrera” poco transparentes o discrecionales del personal que asciende no sólo por el número de años, ni tampoco por elementos subjetivos que ponen en crítica y tela de juicio todo el sistema mismo de Carrera.

17. Fajardo Miranda, Ingrid Marisol; “El ingreso a la judicatura en El Salvador”, tesis de maestría, Universidad de El Salvador, San Salvador, 2013., p. 39.

En este aspecto, es indudable hoy que en El Salvador se necesita de un proceso de revisión y de reflexión sobre el diseño y la relación existente entre profesionalización y carrera. Esta es una deuda pendiente en el Sector de Justicia, a la que debería sumarse no sólo la judicatura, sino la sociedad salvadoreña.

En cuanto al rol de la formación o capacitación, dentro de este proceso, resulta estratégico el aprovechamiento de los recursos y la experiencia generada en otros sectores para mejorar a través de procesos comparativos y cooperativos su propia progresión a partir de experiencias endógenas y exógenas.

Es en este contexto que cobran relevancia los procesos de capacitación o formación continua de los profesionales del sector, en este caso de la organización judicial, en tanto que las instituciones se vuelven facilitadoras del crecimiento personal y profesional porque suministran nuevos conocimientos y promueven el desarrollo de habilidades necesarias para el desempeño del puesto de trabajo, pero en un contexto en el que la propia organización debe tomar en cuenta su necesaria adaptación al entorno, en aras de identificar las mejores prácticas y estándares para el cumplimiento de las funciones y objetivos institucionales.

La Carrera Judicial y la profesionalización de los operadores, en este sentido, estarían relacionados con pequeños subsistemas como la planificación de recursos humanos, la evaluación del desempeño, y, por supuesto, la formación o capacitación, a la que nos referiremos con más detalle en el siguiente apartado.

Sin embargo, sobre este particular conviene resaltar –específicamente por la situación que este autor percibe sobre el estado de la Carrera Judicial en El Salvador-, la relación íntima que posee el principio de transparencia frente a estos subsistemas: la comunicación oportuna, pública y abierta de los planes de carrera es central en la percepción y desarrollo de la carrera judicial, en especial cuando estamos ante procesos que poseen señalamientos sobre la pervivencia de criterios patrimonialistas, subjetivos y poco transparentes.

No obstante, la Carrera no es el único elemento que incide directamente en el individuo para fortalecer el Desarrollo Profesional del mismo, sino tam-

bién la cultura organizacional, el ambiente laboral, el diseño organizacional, entre otros, que en el caso del Órgano Judicial define y alimenta el comportamiento de los individuos que lo conforman, incentivando unas conductas –premiándolas- y desincentivando otras -castigándolas o, también, no tomándolas en cuenta-. Un ejemplo de lo anterior consistiría la consideración de la formación judicial como un elemento tangencial en el desarrollo profesional y por tanto, no siendo necesaria o prioritaria su inclusión dentro de las jornadas laborales de los empleados, o cuando de parte de la propia administración existe una gran resistencia para su implementación.

Dicho lo anterior, podríamos colegir que un individuo, un juez, un miembro de la Carrera Judicial aprende a desempeñarse dentro de una organización judicial, no sólo a través de los procesos formativos que le brinda la Escuela de Capacitación Judicial, sino claro está de la interacción dentro de su organización con sus jefes, sus compañeros de trabajo, sus empleados y usuarios, y en general, con la rutinización de procesos y la cultura institucional imperante que puede dificultar, si es que no impedir, que la formación o capacitación en ocasiones rinda los frutos deseados –impacto-.

Llegados a este punto, cabe afirmar que el desarrollo profesional tiene que ver con el crecimiento, el aprendizaje y la mejora del desempeño de una persona en un contexto organizativo –que a su vez genera procesos de cambio organizacional y profesionalización del personal- siendo, por tanto, dicho aprendizaje individual y organizacional.

En definitiva, luego de haber mencionado lo anterior, pasaré a reflexionar sobre la importancia y la centralidad de uno de los conceptos o términos que aparece en el título de este artículo: es decir, en la idea de competencias, de cara al desarrollo profesional y la Carrera.

III.- Desarrollo profesional y formación bajo el enfoque de competencias

Al inicio del presente ensayo referí que, en los últimos meses, como Escuela de Capacitación Judicial hemos estado reflexionando sobre la planificación, diseño, desarrollo y evaluación de los procesos de aprendizaje brindados desde la misma, efectuando consideraciones sobre la oportunidad

de sustentar nuestros procesos formativos bajo un modelo de desarrollo por competencias, con la meta de mejorar la calidad e incidencia en la práctica de la formación brindada

Esta reflexión requiere de un marco teórico que la sustente, pero además de la definición de un proceso de implementación que permita pasar del “dicho al hecho”. Por ello, compartiremos parte de ese marco de reflexión teórica a efecto de aclarar, y aclararnos sobre todo, los alcances de este modelo en la práctica cotidiana de la Escuela, además de algunos conceptos o definiciones sobre competencias, para luego tratar de indicar algunas orientaciones sobre los retos y desafíos que acarrea, así como identificar elementos para su construcción en la realidad.

En el ámbito profesional, el concepto de cualificación ha sido clave durante muchas décadas para trabajar en lo que se refiere a las dimensiones técnicas para el desempeño de un puesto de trabajo. Sin embargo, como todo producto social, dicha dimensión es el resultado de un proceso histórico. Dicho concepto de cualificación profesional hace alusión a elementos que todos conocemos y vemos diariamente en los procesos de contratación: perfiles laborales que incluyen la necesidad de determinada titulación, exigencia de conocimiento de idiomas, determinado tipo de experiencia previa, todo lo cual se comprueba usualmente por medio de los atestados correspondientes.

En esa construcción y en lo que nos atañe, Rigby y Sanchis indican que en la década de los 80’s el concepto de “competencias” fue desplazando al de cualificación profesional. Por tanto resulta indispensable iniciar este apartado con una definición del concepto de competencia para distinguirlo del concepto de skills o cualificaciones profesionales.¹⁸

18. Rigby, Mike; Sanchis, Enric; “El concepto de cualificación y su construcción social” en: Revista Europea de Formación Profesional n° 37, 2006., p. 28. Esta diferenciación entre cualificación y competencias no es pacífica. De hecho, es posible definir la cualificación profesional como “conjunto de competencias”. En todo caso, pareciera que históricamente la cualificación ha hecho referencia a la forma de comprobar esa competencia. Es decir, a la acreditación mediante “titulación” o “experiencia” (elementos formales), versus los elementos informales o dinámicos de las competencias. Cfr. García Fraga, José; Bueno Arcas, Ana; “¿Qué importancia tiene la acreditación de cualificaciones profesionales en la actualidad? ¿Qué son las cualificaciones profesionales? En: Revista de la Facultad de Educación de Albacete n° 24, 2009, (Enlace web: <http://>

Dicho lo anterior, tenemos que partir, para analizar el enfoque basado en competencias, del complejo y dúctil concepto de “competencia”, el cual además no es pacífico y, como ha sido señalado por diversos autores, justifica y se justifica a partir de diversos paradigmas o visiones sobre la formación¹⁹.

En un sentido muy básico, podríamos decir que ser competente, posee varias significaciones generales y que aluden a: “acreditación, aprobación, autorización, título, certificación, derecho, jurisdicción, licencia, responsabilidad...”, siendo los contextos en los que se ha utilizado este concepto en el ámbito institucional, el jurisdiccional, el organizativo y el personal. Es indudable que el significado más concreto del concepto depende en gran medida del contexto al que se aplique²⁰.

Levy & Leboyer en 1997 definieron competencia como: “el repertorio de comportamientos (actitudes, rasgos de personalidad, conocimientos) que unas personas dominan mejor que otras, lo que las hace eficaces en una situación determinada”²¹. Por su parte, Mackenzie (1992) definió como

www.uclm.es/ab/educacion/ensayos Consultada el 25-07-2014. y también: Olaz, Ángel; “Una aproximación conceptual a la cualificación profesional desde una perspectiva competencial” en: *Papers* n° 96/2., Departamento de Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2011., p. 589 y ss. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/Papers/article/viewFile/241993/324584>. Consultado el: 25-07-2014.

19. Saracho, por ejemplo, agrupa la gran gama de definiciones y propuestas alrededor del concepto de “competencias” en tres modelos o versiones: el “modelo de competencias distintivas” creadas por David McClellan, el “modelo de competencias genéricas” creado y desarrollado por William Byham, y el “modelo funcional” de Sydney Fine. Cfr. Saracho, José María; “Un modelo general de gestión por competencias”, RIL editores, Santiago de Chile, 2005., p. 29 y ss. Como aclaración nos referimos aquí en este breve ensayo de forma central al modelo de McClellan, más orientado a definir “competencias” a partir del análisis y proceso de resolución de problemas y disfunciones que se presentan en una organización, ya que lo consideramos un referente más adecuado al contexto requerido en el caso particular que comentamos aquí.
20. Mulder, Martin; “Competencia: la esencia y la utilización del concepto en la formación profesional inicial y permanente”, en: *Revista Europea de Formación Profesional* n° 40, 2007. Disponible: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=160142>
21. Tomado de: Guzmán Valverde, Nieves; Casamitjana Ranea, Conxita; Nieto Mendez, Montserrat; “Desarrollo profesional en las organizaciones”, materiales docentes de la Universitat Oberta de Catalunya, Grado en Psicología, Catalunya, 2013., p. 20 y ss.

competencias al “conjunto de conocimientos, habilidades y conductas transferibles al contexto específico de la organización”²².

Inclusive, a nivel normativo existen países como España, que ya ha reglado la incorporación de esta definición dentro de su quehacer educacional, definiendo la idea de competencia: “conjunto de conocimientos y capacidades que permitan el ejercicio de la actividad profesional conforme a las exigencias de la producción y el empleo”²³. En otras palabras, pareciera entonces que las competencias son esa especie de puente que nos permite unir nuestros conocimientos, habilidades y aptitudes, con aquello que nos demanda una organización a la que pertenecemos y en la que nos desempeñamos.

Cabe señalar que la introducción de la idea de competencias en materia educativa se remonta a los años treinta del siglo XX en los Estados Unidos. Sin embargo, su auge se ubica en la década de los años 70, propiciado por un interés más económico que educativo, con el fin de adecuar la formación y capacitación vocacionales a las necesidades de la industria.

En este sentido resulta clarificador el aporte de uno de los autores clásicos en este tema –David McClelland- quien identificaba, justamente, a principios de los años 70 que las personas más eficientes en su labor dentro de una organización, no eran aquellas que poseían mayores o mejores titulaciones académicas o atestados -criterio o indicador acreditativo de conocimientos usual, en los perfiles de puesto contemporáneos-, sino que había otros “rasgos, caracteres o elementos”, que hacían que personas con menos titulaciones tuviesen un mayor y mejor desempeño laboral o quizá aún más eficiente, al menos así lo identificaban o percibían las propias organizaciones. Y al tratar de identificar esas características este autor, denominó a dichos elementos como competencias²⁴.

22. Tomado de: Campos, T.; “Un modelo de programa para la formación de profesionales en el campo del Desarrollo de los Recursos Humanos (DRH) en Venezuela”. En Revista de Relaciones Industriales y laborales n° 43, Caracas, 2007., p. 27-66.

23. Ley Orgánica 5/2002 de 19 de junio de las cualificaciones y la formación profesional.

24. “los test académicos de aptitudes tradicionales y los test de conocimientos, al igual que las notas escolares y las credenciales: 1. No predicen el rendimiento en pruebas o el éxito en la vida; 2. A menudo están sesgados en contra de minorías, las mujeres y las

Como cita a este respecto Riesco Gonzalez: *“los números 1 en los exámenes no son los números 1 siempre y en toda ocasión”(…) siendo la competencia “la característica esencial de la persona que es la causa de su rendimiento eficiente en el trabajo. Puede ser una habilidad para negociar, una manera de enfocar los problemas de manera diferente, o disponer de un caudal grande de conocimientos que permite resolver los problemas de manera eficiente”*²⁵.

Un ejemplo vivencial que este autor puede compartir en el presente artículo y que puede ser ilustrativo, y quizá compartido por muchos de las personas que lean estas líneas es el siguiente: en mi vida profesional, he podido tener la dicha de compartir mi labor con personas que son excelentes profesionales, excelentes compañeros de trabajo, dedicados y con visión de equipo, entregados a su trabajo, vocacionales, responsables, en fin “altamente competentes en su desempeño”...pero que no tienen o disponen de una titulación profesional.

Lamentablemente, también reconozco que, en muchas ocasiones, he conocido el ejemplo contrario: poseyendo una alta acreditación académica para el desarrollo de un puesto de trabajo, hay personas que en muchos casos no logran satisfacer las expectativas de jefes, compañeros de trabajo, personal a su servicio o usuarios de la misma organización.

Podemos entonces, indicar que desde esas décadas, el Enfoque Basado en Competencias –EBNC- ha sido un concepto complejo y controvertido entre representantes de los sectores industriales, gubernamentales y educativos, pero también ha generado consenso en torno a que es un buen punto de partida para elevar los niveles de calidad o productividad, así como, aumentar y orientar eficientemente los recursos que se invierten en programas de capacitación y para hacer posible que otras instituciones no

personas de los niveles socioeconómicos más bajos” señalaba McClelland en 1973, en: “Test de competencia en lugar de inteligencia”, citado por: Rodríguez Trujillo, Nelson; “La medición de las competencias”, Caracas, Disponible en: http://www.psicoconsult.com/download/cdt_91.pdf . Consultado el 26/03/2014.

25. Riesco Gonzalez; “El enfoque por competencias en el EEES y sus implicaciones en la enseñanza y el aprendizaje”, en: Revista Tendencias Pedagógicas n° 13, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2008. Disponible en: http://www.tendenciaspedagogicas.es/Articulos/2008_13_04.pdf Consultado el 11/03/2014.

gubernamentales impartan capacitación²⁶, ya que se considera un modelo o enfoque eficaz para orientar los procesos de aprendizaje hacia aquellos elementos que aumentan la capacidad profesional y favorecen el desarrollo de la organización.

Puede ser ilustrativo, el traer aquí las múltiples perspectivas que ha implicado el abordaje de las competencias en su desarrollo histórico, a partir de diferentes aproximaciones:

| Perspectiva | Posición | Acentos en la definición |
|------------------------|----------------------------------|--|
| Área geográfica | Estados Unidos | (Competency) Remite a rasgos y comportamientos de la personalidad que rigen el rendimiento. |
| | Inglaterra | (Competence) Remite a poder rendir de acuerdo con estándares preestablecidos. |
| | Alemania | Remite a las amplias capacidades de actuación que permiten a un individuo realizar una actividad laboral. |
| Teoría del aprendizaje | Constructivismo | Enfatiza la importancia de convicciones, motivación y ambición como aspectos importantes del concepto de competencia; más interés en la implicación de los participantes en el desarrollo de las prácticas de aprendizaje basadas en competencias. |
| | Teoría del aprendizaje cognitivo | Más interés en el enfoque de aprendizaje basadas en competencias |
| Práctica | Reclutamiento y selección | Las competencias se componen de una combinación de potencias desarrollables, por una parte y características personales no modificables o difícilmente modificables, por otra |
| | Aprender y educar | Se considera que las competencias se pueden aprender y seguir desarrollando |
| | Evaluación de la función | Las competencias se definen en términos de tratamientos específicos dentro de una función |
| | Recompensa por prestación | Las competencias se definen en términos de resultados deseados de una función |

Tomado de: Cfr. "Perspectivas del concepto de competencia", en: Van der Klink, Marcel; "Competencias y formación profesional superior: presente y futuro"; en: Revista Europea de formación profesional n° 40, 2007. P. 78.

26. Posada Alvarez, Rodolfo; "Formación superior basada en competencias, interdisciplinariedad y trabajo autónomo del estudiante" en: Revisa Iberoamericana de Educación, México, 2012. Disponible en: <http://capacitacionyjuegos.com.mx/blog/wp-content/uploads/2012/06/formbasada-en-composadas.pdf> Consultado el 10/03/2014.

Por lo tanto, la importancia del concepto es que enfatiza la relación entre individuo y su accionar dentro de la organización, identificando los elementos que nos permiten centrarnos en desempeño y orientar la formación o capacitación a ello.²⁷

Las ventajas del enfoque por competencias, según el mismo McClelland, derivan de que “el análisis comienza con la persona-en-el-trabajo, no emite supuestos a priori respecto de cuáles son las características que se necesitan para desempeñar bien un trabajo, y determina cuáles características humanas están asociadas al éxito en ese trabajo con base en entrevistas abiertas y otras herramientas de gestión de recursos humanos que nos permiten seleccionar y evaluar mejor dicha relación.

El método de competencias enfatiza la validez de criterio: qué causa realmente un desempeño superior en un trabajo, y no qué factores describen con mayor confiabilidad todas las características de una persona, con la esperanza de que algunas de ellas se relacionen con el desempeño en el trabajo”.²⁸

Es indudable que el contexto contemporáneo donde pareciera que los perfiles y carreras profesionales requieren actualizarse a partir de los cambios sufridos tanto en el mercado laboral, como en el propio desarrollo social de nuestras instituciones, nos generan un contexto proclive a hablar y trabajar a partir del enfoque de competencias, especialmente en aquellas labores como la Administración de Justicia, donde un “buen Juez”, no es la simple suma del “manejo de conocimientos”, sino de diversas carac-

27. Esto cobra especial relevancia para aquellos que sostienen la existencia de una diferencia de contenido entre formación y capacitación a saber: existe una convención señala Hintze, que identifica o define a la capacitación como aquel proceso orientado a facilitar el logro de capacidades para hacer “cosas concretas”, mientras que la formación apunta a modificar el perfil profesional de las personas, independientemente de la aplicación que se puede hacer de lo aprendido. Con esta precisión lo que deseamos patentizar identificado es que pareciera que a través del modelo de aprendizaje por competencias, se lograría un desarrollo en ambos aspectos. Cfr. Hintze, Jorge; “Administración de la capacitación en organizaciones públicas”, clase 1, materiales de curso, Tecnología para la Organización Pública –TOP-, Buenos Aires, 2014.

28. Citado por Molina, Víctor; “Algunos aspectos definitorios de la noción de competencia”, documento de apoyo al curso “Procesos psicológicos aplicados en el aprendizaje”, Departamento de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, Santiago de Chile, Mayo-Junio, 2007, p. 1.

terísticas relacionadas con un trabajo cada vez más exigente y complejo. Igualmente, Cano García²⁹ identifica argumentos que complementan la identificación de un contexto favorable al enfoque por competencias:

- 1.- Debido al contexto global en que nos encontramos como una sociedad del conocimiento, se ha alertado de los riesgos de la “intoxicación”, es decir, de un exceso de información que no podemos digerir y que acaba por sobrepasarnos e “intoxicarnos”. Por ello, más que conocer ciertas informaciones que pueden dejar de ser válidas en un cierto tiempo, se hace necesario ser capaz de buscar la información pertinente a cada momento, ser capaz de seleccionarla (de entre un abanico vastísimo de posibilidades), ser capaz de procesarla, tratarla, interpretarla y apropiarse de ella para generar el conocimiento necesario que nos permita resolver las situaciones que se nos presenten.

Eso es precisamente lo que pretenden los diseños por competencias: “que las personas desarrollen capacidades amplias, que les permitan aprender, y desaprender, a lo largo de toda su vida para adecuarse a situaciones cambiantes. Es posible que no ocupemos el mismo puesto de trabajo toda la vida, quizá no desempeñemos ni siquiera la misma profesión. Necesitamos por consiguiente, conocimientos, habilidades y actitudes que nos faciliten esa flexibilidad que se hará imprescindible”³⁰.

- 2.- Dada la complejidad que caracteriza el desarrollo en general de toda función o actuación en nuestras sociedades: *“el conocimiento es cada vez más complejo, obedeciendo a una lógica posmoderna que nos cuesta articular porque equiparamos complejidad y complicación. Las clásicas divisiones entre asignaturas o las clasificaciones de los saberes parecen no servir en el contexto actual”*³¹. Más que hablar de disciplinas, el enfoque por competencias nos invitaría a evidenciar los elementos que podemos convertir en experiencia viva a través de la práctica.

29. García Cano, María Elena; “La formación por competencias en la educación superior”, en: Profesorado, Revista de Currículum y Formación del Profesorado, 2008. Disponible en: <http://www.ugr.es/~recfpro/rev123COL1.pdf> . Disponible: <http://www.ugr.es/~recfpro/rev123COL1.pdf> .revisad el 10/03/2014.

30. Ídem.

31. Ídem.

De hecho, debido al rápido envejecimiento de los conocimientos, nos dice la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, la época en la que un trabajador cualificado dominaba cualquier situación y era un modelo a seguir se acerca a su fin: “La formación profesional comienza a centrarse con más intensidad en la transmisión de competencias útiles a largo plazo y, a su vez, en un aprendizaje de toda la vida, es decir, la perspectiva de un aprendizaje durante toda la carrera profesional”³². Un aspecto al que ha aspirado siempre contribuir la Escuela de Capacitación Judicial, y donde el enfoque por competencias podría apoyar.

- 3.- La búsqueda de una formación integral. *“En tercer lugar, se hace cada vez más necesaria una formación integral que permita a las personas enfrentarse a una sociedad incierta. Las propuestas por competencias incluyen conjuntos de conocimientos, habilidades y actitudes de carácter muy diferente, incorporando talentos o inteligencias que tradicionalmente desde los sistemas educativos reglados no se habían tenido presentes”*³³, ya que se ha priorizado conocimientos de carácter teórico y técnico, sobre actitudes y habilidades de comunicación y trabajo conjunto, por ejemplo.

En este sentido, pareciera que en los diseños por competencias son proclives a identificar necesidades relacionadas con la formación inteligencias no estrictamente cognitivas, como la inteligencia emocional, que puede ayudarnos a dar respuesta a una situación de forma eficiente o a adaptarnos a realidades cambiantes.

A su vez, habría que evitar la fragmentación –o el análisis y reflexión muy acotado- y apostar por un conocimiento integrado que supere la hiper-especialización y el reduccionismo que aísla y separa, lo cual además, suele ser un aspecto común en el análisis del Derecho actual, influido aún por una impronta positivista que puede percibirse dentro de las aulas en las que se practica la enseñanza del Derecho.

32. GIZ/INWENT; “Desarrollo de competencias sistémico. Una estrategia de desarrollo de capacidades”, Bonn, 2010., p. 10. Disponible en: http://www.oitcinterfor.org/sites/default/files/Desarrollo_de_competencias_wcm.pdf

33. Ídem.

Por tanto, las competencias constituirían una apuesta en esta línea, proponiendo la movilización de conocimientos y su combinación pertinente para responder a situaciones en contextos diversos. *“Aprender, como al parecer ha revisado la teoría educativa contemporánea es un aprendizaje en la práctica de la vida cotidiana. Se lleva a cabo en el puesto de trabajo, en las relaciones sociales, en el entorno, en la red, etc. (...). Es necesario, por tanto, apreciar las competencias de los adultos adquiridas en el marco de la capacitación formal, pero también las amplias competencias extra funcionales que se adquieren en el curso de nuestra vida. De ahí que la idea de competencia se vuelve una bisagra que fortalece la relación entre los procesos formales e informales de aprendizaje”*³⁴.

En conclusión, añadiríamos nosotros, en el ámbito del quehacer judicial se suma también la necesidad de facilitar el acceso a la justicia en todos los niveles, adoptando una lógica orientada hacia el justiciable, lo que implica la exigencia de desarrollar empatía, capacidad de escucha y la comprensión de las necesidades del otro, a efecto de generar respuestas apropiadas a los problemas que llegan a sede judicial, los cuales además de complejos, suelen arrastrar tras de sí, a personas cansadas de buscar vías de solución a problemas que les aquejan.

Dicho lo anterior pueden colegirse algunas características que acompañan a la definición misma de competencias:

- Se utilizan los conocimientos, habilidades y actitudes para la solución de los problemas que le plantea un cargo u ocupación, pero aquellos no son conceptos sinónimos al de competencias.
- Las competencias son observables y, por tanto, evaluables.
- Pueden desarrollarse a través del aprendizaje formal o informal, al interior o no de las propias organizaciones.

Para tratar de reiterar lo antes mencionado, a su vez, podríamos diferenciar las competencias del conocimiento, de las habilidades y de las aptitu-

34. Cfr. *Ibidem*.

des: así por ejemplo, no sería un juez o profesional del Derecho formado bajo un enfoque por competencias, el que conoce de forma memorística la Constitución o aquel que se sabe de “pe” a “pa” la jurisprudencia, sino aquel que puede movilizar ese conocimiento para solucionar un problema, un caso práctico en su quehacer judicial (que además puede no ser necesariamente jurídico, pues como bien conocemos, en tanto que, los jueces tienen muchas responsabilidades frente a su equipo de trabajo y frente al usuario, que se escapan de su conocimiento técnico-jurídico).

Tampoco estaríamos frente a un operador competente, cuando estamos ante un operador judicial que posee una profunda habilidad para identificar las diversas vías interpretativas de las normas jurídicas, pero que luego, ante un supuesto concreto, se pierde en la vaguedad de la teoría sin poder definir con certeza las consecuencias de su fallo.

Finalmente, podríamos también estar frente a una persona extrovertida y con habilidades comunicativas, pero que no posee la competencia para poder manejar los recursos humanos que tiene a su cargo, o comunicar sus decisiones de la manera más adecuada para su desempeño dentro de la organización.

En fin, el concepto de competencias alude e implica la movilización de todas esas capacidades del individuo que trabajan para lograr que la persona y la organización respondan a los requerimientos y servicios que tienen a cargo. Es a partir de esta visión estratégica que hemos considerado la pertinencia de utilizar el enfoque basado en competencias en la capacitación judicial.

Tomando en cuenta lo antes mencionado, y en lo que respecta a los procesos de formación podríamos indicar:

- Que históricamente puede identificarse que han existido modelos educativos o formativos en los que el conocimiento se ha trasladado de manera tal que ha enfatizado menos el aprendizaje para mejorar el desempeño en el puesto de trabajo, y más, el desarrollo memorístico o el

simple intercambio de información. Y si bien es cierto nuestra Escuela se orienta formalmente por lo primero, es innegable que la cultura existente en el país incide en la construcción de un modelo y proceso de aprendizaje diferente al formalmente definido.³⁵

- Que para una institución pública como la Escuela de Capacitación Judicial el objetivo central de su quehacer radica en formar a jueces y magistrados para mejorar su desempeño en el puesto de trabajo, y de ahí que, quizá –y tan solo quizá–, podría ser idóneo un modelo de formación por competencias.

De lo antes mencionado podemos considerar la importancia de la incorporación del modelo basado en competencias en procesos de desarrollo profesional, en tanto que nos permite vincular los procesos de aprendizaje y desempeño, mejorando tanto el nivel profesional de la persona como el de la organización.³⁶

Obviamente, la introducción de este modelo en la ECJ, no debería de ser tomado a la ligera, ya que el giro que implica su desarrollo en el seno de las organizaciones judicial-administrativas conlleva con seguridad un esfuerzo de los recursos humanos y financieros considerable, en orden a transformar procesos de formación profesional basados prioritariamente en la detección de necesidades –lo que el usuario percibe que necesita para desempeñar mejor su ocupación- aun proceso de formación profesional por competencias –lo que la organización y la persona identifican como necesarios para su desarrollo profesional-.

35. “La dogmática jurídica ha sido la matriz teórica dominante en la mayor parte de las facultades o cursos, con énfasis metodológico en la transmisión de contenidos teóricos por parte del docente y la absorción de éstos por el estudiante. No hay una aproximación sistematizada entre la enseñanza y los procesos de aprendizaje, que en la mayoría de instituciones son aún muy conservadores, fundados en una metodología de asimilación acrítica de proposiciones teóricas o memorización de normas jurídicas”. Universidad de Deusto/Universidad de Groningen; “Informe final: -proyecto Tuning- América Latina 2004-2007”, Comisión Europea/Proyecto Alfa, Bilbao, 2007-. P. 110

36. Utilizando el lenguaje propio del enfoque de competencias- implicaría el desarrollo de las fases o etapas que van del “inconscientemente incompetente” al “inconscientemente competente”.

En forma muy básica esto implicaría:

| Formación profesional tradicional versus Formación por competencias | |
|--|---|
| Tradicional | Por Competencias |
| La formación es impuesta, unidireccional | Parte de la iniciativa individual |
| Supone una relación de autoridad | No existe relación de autoridad: implica una actitud positiva de quien quiere desarrollar una competencia |
| Precede al trabajo o es aparte del trabajo | Acompaña al trabajo: se realiza en el transcurso del mismo y mediante este |
| La preocupación es formar | La preocupación está en crear las condiciones para la adquisición de competencias |

Cfr. Tomado de: Márquez, Jeannette, Díaz, Judith; "Formación del recurso humano por competencias" en: Sapiens v. 6 n° 1, Caracas, Junio de 2005. Disponible en: http://www2.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1317-58152005000100006&lng=es&nrm=iso accedido en 07 marzo 2014

En relación con los elementos mencionados en el recuadro anterior, consideramos que estamos haciendo avances en lo que respecta a una formación generada a partir de procesos de participación y discusión abierta con sus destinatarios. Ello ha sido sumamente provechoso y seguramente nos llevará a profundizar en ello durante los próximos años, a efecto de completar un diagnóstico amplio en las diversas áreas de trabajo de la Escuela. Un diagnóstico que parte del modelo de análisis o enfoque por competencias.

En cuanto a la relación de autoridad, la Escuela ha desarrollado una larga tradición basada en una metodología de pares, insistiendo en la necesidad de desarrollar procesos de aprendizaje más horizontales. No cabe duda que ello es un proceso continuo, debido a la cultura imperante en el sector profesional en El Salvador, y donde se puede percibir características propias de un sistema de aprendizaje basado puramente en la relación de autoridad.

Como experiencia particular, creería además, que las resistencias a un modelo más horizontal provienen en dos sentidos: uno, del sector docente que posee una fuerte tradición del modelo vertical, pero que además ha influido directamente en nosotros, como usuarios de estos procesos, y donde no es extraño escuchar a capacitandos que "esperan pasivamente a que el capacitador les brinde información y conocimientos y de ser posible las soluciones específicas a los problemas que abordan en sus actividades laborales

de forma cotidiana”, en lugar de participar activamente en la construcción del conocimiento y de las soluciones que le conciernen.

También debe destacarse el tema del momento y espacio idóneo de la capacitación: aquí no cabe duda que el CNJ y su Escuela han buscado diferentes alternativas a través de las cuales puedan desarrollarse los procesos formativos con incidencia en el puesto de trabajo y durante la jornada laboral. No obstante, esta visión requiere ser “compartida” en el Sector de Justicia. No es posible y no debería ser la regla que los operadores jurídicos del sistema de Administración de Justicia deban de utilizar un tiempo fuera del trabajo para su formación. Ello no sólo no es deseable, sino que no sería acorde con el modelo de aprendizaje que desea implementar el CNJ.

El espacio y tiempo de formación o capacitación debe de ir acompañado además de los elementos que permitan percibir, por parte de jueces y magistrados, que existe un expreso interés por el mejoramiento y desarrollo de los miembros del Órgano Judicial a partir de la formación, como parte de una política institucional compartida entre CSJ y CNJ.

Hay, por tanto, la necesidad de generar una coordinación interinstitucional entre CSJ y CNJ a efecto de implementar el modelo, pues de lo contrario, existen ámbitos en los que no cabe duda que no podrían implementarse los pasos para una más adecuada gestión del desarrollo profesional de los operadores judiciales.

Un último reto es quizá el mayor: me refiero a la preocupación por desarrollar competencias más que transmitir conocimientos o simplemente formar. Ahí, no cabe duda, la Escuela y sus capacitadores tienen un gran desafío, pues implica trascender de los procesos de transmisión de conocimientos e innovar a través de la práctica educativa que permita identificar estrategias para evidenciar el mejoramiento de las competencias buscadas y deseadas.

Finalmente, no podríamos terminar este apartado sin presentar una reflexión crítica, sobre el surgimiento del concepto de competencias: como señalan Rigby y Sanchis³⁷, la evolución hacia esa cualificación

37. Rigby, Mike; Sanchis, Enric; “El concepto de cualificación y su construcción social...”, ya citado., p. 29.

polivalente que sin duda está detrás del concepto de competencias no es neutral, sino que es reflejo de las transformaciones del entorno organizacional y global: “las competencias están sometidas a la construcción social como los modelos de cualificación más tradicional. Su importancia consiste en que reflejan una transformación en las relaciones de poder entre empresarios (organización) y trabajadores. Los empresarios o empleadores confrontados con un entorno más desregularizado y competitivo, y a una mano de obra menos diferenciada, por la expansión de la enseñanza superior...”. Por consiguiente, no hay que perder de vista, que este modelo o enfoque, responde por tanto a un contexto y una realidad que debemos también analizar de forma crítica y reflexiva para evitar los aspectos negativos o excesos de su propio paradigma. Por ello, la asimilación del enfoque debe ser progresivo y analizado pausada y críticamente, en cada una de las etapas necesarias para su implementación.

IV.- Capacitación judicial por competencias y etapas formativas del profesional del Derecho

En los apartados anteriores hemos mencionado de manera muy genérica la relación entre desarrollo profesional, Carrera Judicial y la formación por competencias. Es indudable que la formación o capacitación inicial y continua de jueces, magistrados y personal judicial en general, es parte de ese desarrollo, pero no lo es todo.

La capacitación continua o la formación permanente del personal en el sector público o privado es uno de los instrumentos más importantes en la gestión de personas de una organización y ha de estar integrada en la estrategia general de una organización en la carrera y desarrollo profesional que aquella establece.

Ahora bien, conviene quizá aquí señalar una diferencia relacionada con otros procesos educativos y donde parecería que el modelo de formación por competencias nos podría orientar a una división del trabajo más definida y más eficaz, frente a otros procesos de formación.

Así, Chiavenato, citado por Marquez y Díaz³⁸, apunta a que la educación formal y profesionalizante puede llevarse a cabo a través de tres etapas, a saber:

- 1.- La primera, aquella que prepara al hombre y mujer, para que pueda desempeñarse en el mercado de trabajo, y a la cual se le denomina formación profesional. Esta es impartida por diversas instituciones educativas, especialmente, las de educación superior.
- 2.- Luego el entrenamiento en el que se prepara a un individuo para una tarea o función específica –como la función jurisdiccional- dentro de una organización determinada (procesos de inducción o de formación inicial a un puesto de trabajo, como lo ha sido el Programa de Formación Inicial para Jueces de la ECJ) y,
- 3.- Por último el desarrollo que persigue el mejoramiento profesional continuo de la persona que se encuentra en el ejercicio de su profesión o de su función pública (como por ejemplo, los cursos que se imparten a través del Programa de Capacitación Continua de la ECJ).

No nos cabe la menor duda de que la formación y capacitación judicial hace referencia a las dos últimas y no a la primera, siendo importante destacar y compartir algunas diferencias con la formación brindada desde instituciones como la ECJ frente a aquellas que brindan las universidades:

- a) En el caso de las universidades, dado que forman a profesionales para su inserción en el mercado de trabajo, se suele señalar que el perfil de formación de las mismas es un perfil por competencias de carácter generalizante, e imposibilitado para brindar procesos de formación ad hoc para un puesto de trabajo concreto.

Lo anterior tiene sentido si consideramos que, por ejemplo, en materia de la enseñanza del Derecho en nuestras universidades, no se piensa ni

38. Márquez, Jeannette, Díaz, Judith; “Formación del recurso humano por competencias” en: *Sapiens* v. 6 n° 1, Caracas, Junio de 2005., p s/n. Disponible en: http://www2.scie-lo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1317-58152005000100006&lng=es&nr-m=iso accedido en 07 marzo 2014, ya citado.

se considera por parte de la currícula educativa, el brindar una formación para el ejercicio de una actividad o función específica como pudiera ser la jurisdiccional. Al contrario, la formación universitaria intenta generar profesionales que puedan ir definiendo su orientación o vocación en el camino, de tal manera que las competencias que suele abarcar una formación universitaria es de amplio espectro.

- b) Por el contrario, en el caso de instituciones como la ECJ, los procesos de formación están orientados a consolidar un proceso de enseñanza-aprendizaje ad hoc, que permita responder al fortalecimiento de profesionales –en este caso jueces y magistrados- en su puesto de trabajo. Es, por consiguiente, una formación especializada y orientada a la práctica para responder a necesidades y situaciones más específicas o concretas.

Sin lugar a duda que para la conformación de los procesos de formación en cada uno de estos niveles se requiere de procesos de diagnóstico o levantamiento de información diferenciados. Unos orientados más hacia el conocimiento del mercado laboral en general de cara a una profesión en un país, mientras que en el otro caso, al análisis de necesidades se realiza al interior de una organización, con una población específica de actores. Este último caso es una clara referencia a la labor de la ECJ.

Aunado a lo anterior, debe destacarse que, como bien señalábamos al inicio, también debe de tomarse en cuenta la motivación del individuo frente a estos procesos de aprendizaje, siendo en el caso de la enseñanza universitaria y la formación continúa de operadores judiciales diferenciada en cuanto a la motivación subyacente a la participación en las mismas.

En el primer caso, la persona busca en la universidad la obtención de una formación que le permita conocer sobre una disciplina o quehacer, como es la del profesional del Derecho, dentro de la cual, existen diversas posibilidades, que se irán abriendo para el sujeto con el paso del tiempo; por el contrario, en una Escuela Judicial, se busca una formación para solventar problemas o mejorar capacidades para la implementación en la práctica cotidiana o analizar situaciones que en el ejercicio de la función jurisdic-

cional, jueces, magistrados y personal judicial se han encontrado dentro de la organización de la que forma parte.

La diferencia no es baladí, en lo que se refiere a la formación continúa como la que ha sido tradicionalmente brindada desde la ECJ. Feixas indica que puede haber acceso a procesos de enseñanza-aprendizaje y no haber, por ejemplo, motivación intrínseca para aprender. Es decir, si a la persona ya le basta con lo que tiene, sino se “siente” motivado, pueda ser que no tenga incentivos para poder desarrollarse, y esto se aplica, tanto a la motivación que puedan generar los temas y su abordaje –análisis interior de la oferta formativa de la Escuela-, como a nivel externo a la difusa o nula relación que los destinatarios identifican entre formación, desarrollo profesional y Carrera.³⁹

De ahí que en iniciativas en las que a través de la formación o capacitación profesional se trata de contribuir al desarrollo profesional, debe tenerse especialmente presente el papel activo que tiene la persona en su propio desarrollo, como lo tiene también ese otro gran actor que es la organización de la que forma parte, que en el caso de la Administración de Justicia, el Órgano Judicial.

Y es que cuando hablamos de diseñar procesos de capacitación o formación, en este caso para el Sector de Justicia, no podemos actuar al margen del resto de políticas institucionales, puesto que las contradicciones expresas o aparentes, son finalmente contradicciones que debilitan la institucionalidad existente en el sector público y el impacto de los procesos de reforma, cambio o innovación organizacional y educacional.

En este sentido, la formación no puede actuar como única respuesta a una disfunción, ya que si no estamos en posición de modificar nuestra organización, lo único que haremos es un curso que no formará, sino en el mejor de los casos generará frustración.

39. Cfr. Feixas, Mónica; “El desarrollo profesional del profesional universitario como docente” en: AAVV; “Hacia una docencia de calidad: políticas y experiencias”, Universitat Jaume I, Valencia, 2004. Vid también, de la misma autora “La influencia de factores personales, institucionales y contextuales en la trayectoria y el desarrollo docente de los profesores universitarios”, en: Revista Educar n 33, Barcelona, 2004., p. 31-59

De hecho debe recalcar que la formación continua o la capacitación no es la panacea o el remedio de todos los males dentro de una función estatal como la judicial⁴⁰, lo cual debe ser analizado con detenimiento ya que con frecuencia se acaba brindando la “medicina” de la capacitación o formación continua a los profesionales para paliar situaciones o problemas de carácter organizacional o político, lo que acaba generando aún mayores dificultades, ya que por una parte, es evidente que no se conseguirán los objetivos propuestos y en cambio si se generará frustración y expectativas no cumplidas a aquellos que consideraron que esa era la vía para mejorar los problemas institucionales existentes.

Creería que, mucho de lo antes descrito, también atraviesa la labor judicial. De ahí que el desarrollo profesional del personal judicial es un proceso a dos bandas: un interés motivacional del sujeto, que es apoyado a través de la formación para que de esta manera mejore en el desempeño en su puesto de trabajo, pero además, por un interés de la organización que también se transforma, y que reconoce el esfuerzo y la innovación, incentivando al sujeto, a través de la Carrera.

No me cabe la menor duda, que ese incentivo positivo a través del desarrollo profesional por medio de la Carrera, no es sinónimo de acreditación académica. No necesariamente sumar titulaciones académicas o diplomas por cursos hace mejores profesionales de la justicia. Y es totalmente factible encontrar excelentes jueces que son altamente competentes, porque aprovechan su aprendizaje formal e informal, su experiencia y su buen

40. A ese fenómeno le ha llamado Inés Marensi como “Optimismo pedagógico”, definiendo este como “la visión de la educación como palanca y motor de cambio, tanto social como individual. Si bien desde hace algunas décadas gran parte de la literatura pedagógica ha insistido en desmontar esta relación causal tan directa y unidimensional, lo cierto es que esta concepción de la educación sigue operando como presupuesto fuertemente consolidado tanto en el discurso (imaginario) popular, como en gran parte de quienes toman decisiones en ámbitos educativos”. (...)

“Lo anterior no implica negar el peso que tiene la variable educación en los procesos de cambio, significa justamente, asumirla como variable y desde ahí conjugarla necesariamente con otro conjunto de factores, a fin de promover y facilitar el cambio. El error de ponderar desmesuradamente los efectos de la acción educativa para el logro de cambios trae aparejado otro problema: la simplificación del análisis respecto de la situación a cambiar”. Marensi, Inés; “Un nuevo enfoque pedagógico para la capacitación judicial en América Latina”, en: Revista Sistemas Judicial n° 1 ¿crisis en la capacitación judicial?, Centro de Estudios para la Justicia de las Américas (CEJA), Santiago de Chile, 2002., p. 26 y ss.

hacer. En este sentido, sería ideal que la formación que se brinda con fondos públicos a dichos funcionarios, permita a estos mejorar y fortalecer sus competencias para aprovechar ese caudal de recursos que ya disponen al interior de la organización

Pero, para ello, en el caso particular de la Administración de Justicia en El Salvador, existes grandes retos:

- a) La necesaria alineación o coordinación entre las dos instituciones que tienen a cargo la Carrera Judicial y la gestión de las personas incluidas en ella: El Consejo Nacional de la Judicatura y la Corte Suprema de Justicia.

¿Cuáles son las desventajas de no desarrollar eficazmente esta coordinación? Podrían sintetizarse en la imposibilidad de generar un proceso de desarrollo profesional de los miembros de la Carrera Judicial, y no lograr incorporar los incentivos y desincentivos que como organizaciones son requeridos para el mejoramiento de un servicio vital, central y prioritario en un Estado de Derecho, como lo es la Administración de Justicia.

- b) Desarrollar en el ámbito de la capacitación judicial procesos de aprendizaje que realmente incorporen elementos cuya implementación mejore las competencias que el personal judicial pone en práctica, y ello a su vez implica e invita al diseño de procesos de formación elaborados ad hoc, para el personal judicial.

Como se ha mencionado en el ámbito de los recursos humanos y la formación: *ya no sirve hablar de listas de cursos, de catálogos, donde el producto es igual para todo el mundo. En este momento estamos hablando de diseñar itinerarios formativos individualizados para grupos o colectivos de sujetos que requieren del desarrollo o fortalecimiento de competencias similares, porque poseen responsabilidades similares o compartidas.*

En ambos casos, no cabe duda que partir en este sentido de políticas y planes institucionales que favorezcan el desarrollo personal y profesional de sus miembros, es una condición sine qua non para la formación o capacitación, puesto que al ser del conocimiento de los operadores de

la Administración de Justicia, ello les permite conocer a los mismos que sus esfuerzos les conducen a objetivos, permitiendo a aquellos que desean progresar dentro de su Carrera, las oportunidades que la propia organización ofrece para su desarrollo profesional. De lo contrario, la opacidad en objetivos, información y oportunidades, dará como respuesta de las personas, el desinterés, el desánimo y la rutinización de acciones que, con suerte, permitan mantener a nivel de mínimos los servicios destinados al ciudadano.

Debe destacarse que no hablamos aquí solo de la formación como elemento a visibilizar y articular de mejor manera con la Carrera Judicial, sino con todos aquellos aspectos que inciden en que el operador judicial pueda desarrollarse personal y profesionalmente de mejor manera: la conciliación entre vida familiar y laboral, flexibilización de los horarios para atender la capacitación y otras actividades para el mejora continua, la necesaria organización del trabajo a través del uso de nuevas tecnologías, la transparencia en la promoción y ascenso, el mapeo continuo de procesos para facilitar desde la organización el flujo de trabajo, entre otras.

c) En este contexto, la formación o capacitación judicial es parte de ese todo que hemos antes referido y frente a lo cual se requiere de políticas integrales en el sector, en lo que se refiere a la profesionalización.

Con ello lo que deseamos destacar es la necesidad de generar un proceso integral que permita ordenar la gestión de recursos humanos a partir del modelo o enfoque por competencias, desde el propio diseño del puesto de trabajo y el perfil ocupacional del mismo. Este es el reto más ambicioso dentro de un Órgano Judicial y un Consejo Nacional de la Judicatura que apueste justamente por la profesionalización de la carrera.

En conclusión, aparece uno de los retos obligados de una Escuela de Capacitación Judicial que desee orientarse por este modelo de formación: alcanzar instrumentos adecuados para identificar y para trabajar sobre competencias, y de nuevas estrategias de formación que se sumen para fortalecer los procesos de aprendizaje. En todo caso, debe tenerse presente que la organización modular del aprendizaje es plenamente compatible

y hasta recomendable en este modelo, por lo que la Escuela tiene ya un espacio ganado que favorece la implementación del modelo⁴¹.

Pero quizá uno de los desafíos más importantes de cara a la implantación de un modelo o enfoque formativo por competencias dentro del Consejo Nacional de la Judicatura, consiste en su necesaria relación con la evaluación del desempeño, ya que mediante esta última se podrá indagar sobre el nivel de adquisición de las competencias requeridas dentro de una organización. Igualmente, en su relación con los procesos de selección de personal. De ahí que el reto de trabajar con un enfoque formativo por competencias implica retos y desafíos que pueden ser un motor de cambio en el entramado judicial, cuya construcción debe ser analizada con detenimiento.

De hecho incentivar esta relación no ha pasado desapercibida: en diversos foros y espacios, jueces y magistrados han indicado que los procesos evaluativos realizados por el CNJ, a través de su Unidad Técnica de Evaluación, deberían de verificar y analizar el avance generado a partir de la formación recibida en la Escuela. De igual manera, en la Escuela de Capacitación en diversas ocasiones hemos escuchado a operadores judiciales que manifiestan la necesidad de que se evalúe con coherencia y sistematicidad sobre lo que ha sido reflexionado, discutido y analizado en el seno de la Escuela.

Pero la labor no puede quedar solo en estos elementos. Se requiere de un proceso de reflexión conjunta con la Corte Suprema de Justicia, con jueces y magistrados a efecto de analizar los alcances de dicho sistema, que permitiría desarrollar de mejor manera las competencias de los operadores en el sistema, mejorar la interacción entre individuo y organización, y facilitar el desarrollo profesional por medio de la coordinación entre el proceso formativo y la evaluación en el desempeño profesional.

Considero que la iniciativa del Pleno del CNJ de analizar la inclusión del modelo o enfoque de gestión por competencias en la formación es un paso

41. Martínez Clares, Pilar; Echeverría Samanes, Benito; “Formación basada en competencias”, en: Revista de investigación educativa, vol 27 n° 1, p. 137. Disponible en: <http://revistas.um.es/rie/article/view/94331/102961> . Revisado el 10/03/2014.

importante y proporcionado: dado que la implementación de dichos modelos implica un proyecto de gran calado, es conveniente planificar dentro de las instituciones su inicio, de forma progresiva. En este sentido empezar por la capacitación y formación judicial de jueces y magistrados, para después aplicarlo a otros subsistemas como, la selección, y la evaluación del desempeño de jueces y magistrados puede ser acertado, aun y cuando, como toda innovación, existan riesgos y resistencias... estas son naturales a los procesos, pero demuestra el interés por la búsqueda continua de mejorar los servicios prestados y un interés por tratar de generar un procesos de mejora continua.

Y es que la formación o capacitación judicial puede y debe constituirse como un elemento facilitador del desarrollo profesional de jueces y magistrados en el Órgano Judicial, ya que una formación basada en competencias es un instrumento clave para la mejora del desempeño, el cual debe ser medido a través de procesos de evaluación.

De hecho, en las experiencias relativas a la implementación de programas por competencias se identifican una serie de etapas que conllevan la concentración de recursos financieros, humanos y estratégicos en este ámbito, a saber⁴²:

- 1) Identificación precisa de las competencias del personal (división del trabajo)
- 2) Definición del grado de desarrollo esperado para cada competencia al término del programa de formación
- 3) Determinación de los recursos internos a movilizar –conocimientos, aptitudes, conductas- para el desarrollo de las competencias;
- 4) Escalamiento de las competencias en el conjunto de la formación,
- 5) Clasificación de las modalidades y estrategias pedagógicas a utilizar en el programa de formación

42. Tardif, Jaques; “Desarrollo de un programa por competencias: de la intención a su implementación” en: Profesorado, Revista de curriculum y formación del profesorado vol 12, n° 3, Universidad de Granada, España, 2008.

- 6) Definición de las modalidades de evaluación de las competencias,
- 7) Determinación de la organización del trabajo de docentes y estudiantes en el marco de las diversas actividades de aprendizaje
- 8) Establecimiento de modalidades de acompañamiento de los aprendizajes

Por su parte, los riesgos no son pequeños: uno de esos riesgos o resistencias es nuestro marcado interés, como abogados o profesionales del Derecho, por los análisis técnico-jurídicos que se afincan quizá en algunos elementos que pueden desarrollar las competencias, pero no todos.

De esta manera, ese proceso de mejora coincide y afecta diferentes puntos que se entrelazan: la necesidad de mejorar la calidad de la formación y capacitación judicial, pero también otras áreas vinculadas con la gestión administrativa judicial, la selección y la evaluación del desempeño de jueces, magistrados y demás personal judicial, así como una revisión profunda del modelo de gestión de las personas del sistema de Administración de Justicia y su Carrera Judicial existente.

Como hemos reseñado, este necesariamente es un proceso gradual y debe tenerse presente que sus resultados no se verificarán a corto plazo. Y es que las obligaciones de las instituciones relacionadas con el desarrollo profesional de jueces y magistrados entrañan favorecer el desarrollo de las personas y motivar a las mismas frente a los procesos de cambio organizacional, que también buscan responder mejor al entorno⁴³.

En síntesis, una organización que no favorece explícitamente al desarrollo profesional de sus miembros no sólo impide el desarrollo de sus miembros

43. Hoy se habla de organizaciones con capacidad de aprender. Ciertamente, como indica Gairín “las organizaciones como entidades abstractas no pueden aprender; solo aprenden los seres vivos; sin embargo, transferimos a un nivel superior lo que es propio de las personas. Por similitud, decimos que las organizaciones aprenden, cuando la ejecución de tareas que sus miembros ejecutan individual o colectivamente, mejora constantemente, ya sea porque los procedimientos internos se mejoran y/o porque la interrelación, entre los objetivos, los recursos y el sistema relacional se hace, a nivel organizativo, menos disfuncional”. Gairín Sallan, Joaquín; “Cambio de cultura y organizaciones que aprenden”, Revista educar n° 27, Universidad Autónoma de Barcelona, 2000., p. 32.

bros, sino que socaba su propia institucionalidad, además genera problemas para mejorar sus servicios de cara al usuario, y enfrentará con certeza duras críticas procedentes de organizaciones internacionales y nacionales que evidencian la ausencia de un liderazgo claro en el desarrollo de las funciones encomendadas.

IV.- A modo de conclusión: una institucionalidad orientada hacia el desarrollo profesional del funcionario y empleado judicial

El desarrollo profesional se basa fundamentalmente en el aprendizaje y en el desempeño de la persona en la organización, y tiene mucho que ver además con cómo se articula el crecimiento en términos de ambos elementos dentro de la organización. Por su parte, la Carrera, constituye el reconocimiento explícito del desarrollo de la persona en la organización.

Por ello, diversas instituciones han incorporado el enfoque por competencias en su sistema de gestión de personal, o en el caso del CNJ particularmente, hoy se estudia, su inclusión en la gestión de la formación del personal relacionado con la Carrera y el quehacer judicial. A ello hemos tratado de referirnos en este ensayo.

Cabe destacar el aporte significativo de este modelo –que no está exento de críticas- en cuanto que pretende alejarse de sistemas de desarrollo profesional basados de forma exclusiva en la idea de perfiles de puesto, que es un elemento abstracto y en el que usualmente se ha valorado mucho la acreditación académica, que como vimos anteriormente no garantiza en modo absoluto el buen desempeño en la función judicial. Por consiguiente, la acreditación académica –de grado o posgrado- podría considerarse una condición necesaria o ideal, pero no suficiente para el ejercicio de la función jurisdiccional.

Pero además, los sistemas tradicionales de gestión no hacen visibles los elementos personales, de trabajo en equipo y de diseño organizacional que requieren mejorarse o ser objeto de un proceso de transformación o cambio para solventar los continuos aspectos que hacen progresar el servicio de la administración de justicia en el país.

Como sabemos, el modelo tradicional de gestión basado en el puesto de trabajo, es el ejemplo paradigmático de la Administración Pública de corte burocrático (basada en la estructura napoleónica antes mencionada). Por el contrario, un modelo por competencias debe de tomar necesariamente a la persona que ocupa ese puesto de trabajo, y trabajar de su mano en procesos de aprendizaje, evaluación al desempeño, mejoramiento de flujos de procesos, clima organizacional, etc., lo cual complejiza la interacción, pero implica y orienta a que esos procesos, como la capacitación o formación judicial, respondan a la medida de sus necesidades y requerimientos, así como de los de la propia organización.

Por tanto, estos sistemas o modelos de gestión por competencias reconocerían y darían seguimiento en su puesto de trabajo, facilitando incluso el desarrollo de la persona. Ello supone también, partir y reconocer ante un mismo perfil de puesto, la existencia de la necesaria diferencia en el tratamiento y desarrollo profesional de la persona y procesos de formación diferenciados según el sujeto.

Sobre ello podemos referirnos aquí brevemente: en las reuniones y talleres sostenidos jueces y magistrados durante el primer trimestre de 2014, hemos procedido a realizar diagnósticos de necesidades de formativas por áreas de especialización. Ello es un primer acercamiento a una constatación innegable: no pueden tener las mismas necesidades de formación los jueces del área penal que los del área de derecho civil o laboral. Ello puede evidenciarse desde los enfoques de la formación más tradicional.

Pero aún más allá de esa diferencia evidente, al desarrollar estas actividades con jueces que pertenecen a un área específica de la jurisdicción, como el área civil y mercantil, y dirigirnos a grupos de jueces del ámbito territorial de las zonas central, para-central, occidental y oriental, también hemos encontrado problemas diferenciados que requieren un tratamiento ad hoc en lo que respecta a formación. Aquí podríamos detener al lector de estas líneas e interrogarle: los jueces y magistrados poseerían aquí el mismo perfil de puesto, pero requieren de una atención especializada, porque al parecer, en su práctica, en su historia y en su cotidianeidad las competencias requeridas por sus puestos de trabajo han venido diferenciados en el tiempo, de cara a otros pares en otras zonas regionales del país.

Por ejemplo, creería recordar que en la zona Central, uno de los elementos o temas más expuestos ha sido la gestión administrativa compartida en los denominados “Centros Judiciales Integrados” y la repercusión de los temas de gestión administrativa en el quehacer judicial (ej. Citaciones). Pero ese no es un problema en el Oriente del país, porque no hay Centros Integrados, aunque por el contrario, sí hay un gran número de jueces con competencia mixta. En fin: problemas diferentes, requieren competencias diferentes... no cursos homogéneos y estandarizados. El enfoque por competencias podría darnos la oportunidad de profundizar en las competencias que se requieren frente a nuevos modelos organizacionales o de gestión que se han venido implementando en el Sector, y que quizá intuitivamente, creería, que no han dispuesto de espacios para un aprendizaje necesario e idóneo.

En consecuencia, nos encontramos aquí con lo que podría ser un ejemplo de un necesario tratamiento diferenciado en lo que respecta seguramente a la priorización de la capacitación, de la adaptabilidad de los sistemas de evaluación del desempeño y de la necesaria revisión de los sistemas organizacionales existentes, a partir de un enfoque por competencias.

Por lo tanto, reconocer esas diferencias supone una adecuación necesaria en la institucionalidad vigente, pero, sobre todo, una transformación en la manera de gestionar la formación, la evaluación al desempeño y en general, de hacer funcionar la organización de la Administración de Justicia, identificando las diferencias, pero también gestionando los procesos orientados a brindar los apoyos requeridos.

En definitiva, el trabajo y la preparación que conlleva este proceso no cabe duda que es ardua, sobre todo porque debe de evitarse, en un entorno tan particular como la Administración de Justicia el buscar soluciones adoptadas miméticamente.

En lo que respecta a la capacitación judicial le plantea un escenario estratégico y de toma de decisiones importante: si estos procesos conllevan necesariamente a una atención ad hoc o personalizada de jueces y magistrados prioritariamente atendida por la ECJ, ello implica la concentración de recursos y esfuerzos en esta población, lo que lleva a replantearse el

quehacer de esta Escuela frente otros grupos poblaciones, dado que la misma, quizá, no debería de tener parámetros competenciales tan abiertos o generalizantes como las universidades u otros centros de estudios, ya que su formación debería ser un aporte para mejorar el desarrollo profesional y su interacción organizacional con los operadores judiciales del sistema de Administración de Justicia.

Y para hacer justicia al título de este ensayo debemos finalizar afirmando que la formación o capacitación judicial en El Salvador siempre ha señalado como objetivo el desarrollo de una amplia competencia para acción, es decir, el mejoramiento en el puesto de trabajo. No hay novedad en nuestra pretensión de desarrollar habilidades, conocimientos y aptitudes de los profesionales de la administración de justicia. De lo que puede tratarse es de explorar con curiosidad, reflexión y ánimo constructivo nuevas rutas para alcanzar viejas aspiraciones.

San Salvador, noviembre de 2014

FRONTERAS PROCESALES ENTRE LAS JURISDICCIONES DE FAMILIA Y NIÑEZ-ADOLESCENCIA

Mtro. Cesar Ali Espinoza
Sección Especializada de Investigación

SUMARIO

Introducción. I- Estado del arte o del asunto. 1.1. Concepciones o modelos sobre la protección de niñas, niños y adolescentes. 1.2. Antecedentes del Modelo Tutelar en El Salvador. 1.3. Desde la CDN hasta la LEPINA. 1.4. Aportes posteriores a la LEPINA. 1.5. ¿Cómo están las cosas en el ámbito propiamente judicial? II- Resultados de la investigación. 2.1. Funcionamiento de la Jurisdicción de Familia a partir de la LEPINA. 2.2. Las sedes judiciales de Niñez-Adolescencia y la aplicación de la Ley Procesal de Familia. 2.3. Dificultades y discordias interpretativas al aplicar la LPF y la LEPINA. 2.4. Delimitación de las áreas de competencia. 2.5. Motivos generadores de incidentes de competencia. 2.6. Propuestas de solución. 2.7. Hallazgos adicionales. 2.8. Conclusiones. 2.9. Recomendaciones. Referencias.

Introducción

La atención a la niñez y adolescencia en El Salvador, ha pasado por varias etapas, influenciadas por diferentes corrientes doctrinales y distintos actores-actrices, entre quienes figuran organizaciones religiosas, instituciones públicas y la sociedad civil, a través de diferentes tipos de entidades locales y de origen internacional. Las iniciativas y los niveles de activismo, involucramiento y compromiso de los tres referidos sectores, han generado establecimientos, datos, normativas, mecanismos, instrumentos y resultados que constituyen insumos de un complejo e interminable debate, que cuestiona el diseño y funcionamiento efectivo de los esfuerzos, las decisiones y las gestiones públicas en torno al tema de la protección integral de la niñez y la adolescencia salvadoreñas.

En las siguientes líneas se plantea una modesta panorámica de la secuencia histórica sobre las iniciativas, los establecimientos, los instrumentos y los mecanismos con los que la sociedad salvadoreña, ha “atendido” a la población infantil y adolescente, tanto en el ámbito de su protección y desarrollo, como en lo relativo a la represión de quienes –integrando esa franja etaria– incurrir en conductas infractoras de las leyes penales.

Con estas páginas se pretende dar cuenta de cómo se encuentra la cuestión de la protección integral de la población salvadoreña más joven (de 0 a 18 años), como responsabilidad del Estado de El Salvador, pero más específicamente en el ámbito de la Jurisdicción Especializada de Niñez y Adolescencia, en los aspectos de tutela que son o parecen ser afectados también por la Jurisdicción de Familia. En términos más propios de la metodología de investigación, los próximos apartados, contienen un planteamiento sobre el estado del arte o del asunto relativo a la protección integral de la niñez y adolescencia desde el ámbito judicial, enfatizando en problemas que podrían estar configurando posibles invasiones mutuas de competencia entre las jurisdicciones de Niñez-Adolescencia y de Familia.

Entre los propósitos de esta investigación, encontramos la necesidad de responder a las preguntas: ¿Cómo ha evolucionado la institucionalidad relacionada con la niñez y la adolescencia salvadoreñas? ¿Qué aspectos se han atendido y desarrollado? ¿Cuáles han sido las propuestas planteadas e implantadas? ¿Cuántas investigaciones se han realizado sobre el tema de niñez y adolescencia? Pero, más específicamente, los estudios o trabajos elaborados que se relacionen con o que versan sobre la temática en cuestión: las fronteras procesales que el funcionamiento de las jurisdicciones de Familia y Niñez-Adolescencia, debe considerar a la hora de administrar justicia, sobre todo porque la expectativa ciudadana se finca en un servicio de justicia diligente y oportuno, sin que incurra en posibles duplicidades de esfuerzos que, en el ámbito judicial, tales duplicidades no sólo podría estar generando invasiones de competencias, como las configuradas por los fraudes de ley, sino también se podría estar atentando contra el valor constitucional de la seguridad jurídica (Artículo 1 de la Constitución de la República de El Salvador).

Justo en el año de este esfuerzo de investigación, se cumplen dos décadas de haberse erigido la Jurisdicción de Familia, que en aquel entonces (año 1994), representó un enorme avance, porque posibilitó extraer del Derecho Civil, todos los institutos jurídicos consustanciales a la vida de las personas naturales, que siempre han sido de gran relevancia en las relaciones con los seres más cercanos: ascendientes, convivientes, cónyuges y descendientes (por consanguinidad o adopción). Este enorme avance, sólo fue posible con la aprobación de dos instrumentos normativos –todavía vigentes– de sobrada utilidad y notoria importancia en la dinámica

de la justicia de la sociedad salvadoreña: el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia.

Con la aprobación y entrada en vigencia de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (conocida por el acrónimo LEPINA), se fundó una jurisdicción especialmente destinada a la atención de algunas situaciones jurídicas determinantes en el respeto de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNA). Este fue un hecho con el que el Estado de El Salvador, dio un paso bastante serio para cumplir con el artículo 34 de la Constitución de la República de 1983 y los compromisos adquiridos mediante la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), ratificada en abril de 1990; esta última como soporte normativo del ahora denominado Modelo de Protección Integral de NNA que, además de superar al Modelo Tutelar, su principal enfoque consiste en tratar, respetar y gestionar en favor de las personas más jóvenes de cualquier sociedad, como titulares de una diversa tipología de derechos.

ESTADO DEL ARTE O DEL ASUNTO

1.1. Concepciones o modelos sobre la protección de niñas, niños y adolescentes

Suficiente se ha escrito ya sobre las dos grandes concepciones o modelos con los que la sociedad y el Estado han tratado a la niñez y adolescencia de distintas épocas y escenarios socioculturales. Autoridades académicas sobre el tema, han afirmado que la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) ha sido el instrumento que marcó el quiebre entre los dos modelos o concepciones hasta hoy conocidos:

El Modelo Tutelar, también conocido como doctrina de la situación irregular, cuyos orígenes pueden ubicarse en los fines del siglo XIX y a principios del XX¹, como en el caso salvadoreño que se expone en los próximos párrafos. Para establecer una fisonomía bastante incluyente de este modelo, resulta de mucha utilidad relacionarlo con los conceptos abandono, riesgo, peligro moral, menores, niñez desvalida, tutelar, correccional, etc.

1. Beloff, Mary Ana (2004). Los derechos del niño en el sistema interamericano. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª reimpresión 2008, p. 21 y 25.

El Modelo de la Protección Integral². Concebido a partir de la CDN, que consiste fundamentalmente en considerar a la niñez y adolescencia como sujetos plenos de derechos y ya no como menores.

1.2. Antecedentes del Modelo Tutelar en El Salvador

A lo largo de la historia salvadoreña, por iniciativas privadas y públicas, fueron fundados diversos establecimientos para amparar, resguardar y rehabilitar a niñas, niños y adolescentes que por diversas circunstancias han enfrentado situaciones de abandono, orfandad y vulnerabilidad, así como situaciones de conflicto con la ley penal.

Al iniciar la segunda mitad del siglo XIX, comenzaron a instaurarse los primeros orfanatos para niñas y niños en las principales ciudades salvadoreñas. Para un detalle más amplio sobre estas primeras entidades que se ocuparon de la niñez y la adolescencia desamparada en El Salvador, se presenta la siguiente tabla³.

Tabla 1
Primeros hospicios en El Salvador

| Entidad | Año | Sede |
|--|------|--------------|
| 1- Hogar del Niño | 1859 | San Salvador |
| 2- Hospicio “Fray Felipe de Jesús Moraga” | 1865 | Santa Ana |
| 3- Casa Nacional del Niño, antes Hospicio de Niños | 1876 | San Salvador |
| 4- Hospicio de la Niña de Sonsonate | 1892 | Sonsonate |
| 5- Hospicio “Dolores Souza” | 1895 | San Miguel |

Fuente: Barrera Campos, Paula Victoria; Fajardo Lima, Vilma Irasema y Villatoro Rubio, Gerardo Antonio (1994). El papel de las instituciones del Estado que brindan protección al menor ante el crecimiento de la delincuencia juvenil. Universidad de El Salvador, San Salvador.

2. Ídem, p. 35.

3. Barrera Campos, Paula Victoria; Fajardo Lima, Vilma Irasema y Villatoro Rubio, Gerardo Antonio (1994). El papel de las instituciones del Estado que brindan protección al menor ante el crecimiento de la delincuencia juvenil. Universidad de El Salvador, San Salvador, 1994. Sitio electrónico: www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/.../f8dbe2825ca-48074062574d60062340b?... , consultado el 15 de julio de 2014.

A continuación, una reseña sobre la forma que surgieron algunos de estos hospicios. El orfanato que actualmente está ubicado en el sureño Barrio San Jacinto de San Salvador, específicamente en la Avenida Cuba (ahora denominado Hogar del Niño San Vicente de Paul, aunque en la Tabla 1 su equivalente sería el 3- Casa Nacional del Niño, antes Hospicio de Niños)⁴. El proyecto comenzó por iniciativa de la Compañía de las Hermanas de la Caridad, una organización religiosa de la Iglesia Católica, que no sólo se dedicaba a la atención de pacientes en el entonces Hospital Nacional –ahora Hospital Nacional Rosales–; puesto que las Hermanas también administraban una escuela cercana al hospital, fundada por ellas, en la que comenzaron albergando a las niñas huérfanas, hijas de pacientes que ingresaban y –a veces– fallecían en el referido nosocomio.



*Fachada del Hogar del Niño San Vicente de Paul, San Salvador,
publicada en el sitio indicado a continuación.*

Fuente: sitio electrónico hogarsanvicentedepaul.wordpress.com/?quienes-somos/.

Posteriormente, con el incremento de niñas desamparadas, el proyecto ya no era sostenible sólo con el subsidio gubernamental y las ayudas de personas particulares; fue así como, a través de la esposa del señor Presidente de la República, doña Sara Guerra de Zaldívar se logró instituir el que inició llamándose “Hospicio de Huérfanos” –ahora denominado Hogar del Niño San Vicente de Paul– fundado el 17 de septiembre de 1876, cuya inauguración ocurrió el 23 de octubre del mismo año.⁵

-
4. Las diferencias de nombres del orfanato, podrían deberse a cambios de denominación que posiblemente experimentó a través del tiempo, pues a pesar que se consultaron dos fuentes distintas (un sitio electrónico del referido Hogar del Niño San Vicente de Paul y una tesis, también en línea), el dato coincidente es el año fundacional de 1876.
 5. Sitio electrónico: hogarsanvicentedepaul.wordpress.com/?quienes-somos/ consultado el 15 de julio de 2014.

En cuanto a la segunda entidad –el Centro de Desarrollo Juvenil “Dolores Souza” de San Miguel– se dice que fue fundado por la señorita Dolores Souza, quien con el apoyo recibido del entonces Presidente de la República, se logró la emisión del Acuerdo gubernativo de creación del que inicialmente se denominó Hospicio de Huérfanos de San Miguel; mismo que fue inaugurado a las dos de la tarde del 18 de diciembre de 1895.⁶

Durante el primer tercio del siglo XX (1903-1935), continuaron surgiendo otras entidades de similar naturaleza. Al inicio del período (1903) fue fundado el Hospicio “Adalberto Guirola”, que comenzó a funcionar en la ciudad de Santa Tecla; aunque el énfasis en el surgimiento de este tipo de proyectos, tuvo lugar en la Zona Occidental, puesto que también surgió el Hospicio La Niña “San José” (1908), en Ahuachapán, ciudad cabecera del departamento del mismo nombre; así se completaba la cobertura para los tres departamentos de la referida zona (Santa Ana, Sonsonate y Ahuachapán). Al final del citado período –año 1935– se instaló en la ciudad de Santa Ana, la Escuela Correccional, que fue denominada La Ciudad de los Niños.

Tabla 2
Hospicios fundados al inicio del Siglo XX

| Entidad | Año | Sede |
|--|------|--------------|
| 1- Hospicio “Adalberto Guirola” | 1903 | Santa Tecla |
| 2- Hospicio La Niña “San José” | 1908 | Ahuachapán |
| 3- Instituto Emiliani | 1921 | San Salvador |
| 4- Obra del Buen Pastor | 1924 | San Salvador |
| 5- Escuela Correccional (1951: La Ciudad de los Niños) | 1935 | Santa Ana |

Fuente: Barrera Campos, Paula Victoria; Fajardo Lima, Vilma Irasema y Villatoro Rubio, Gerardo Antonio (1994). El papel de las instituciones del Estado que brindan protección al menor ante el crecimiento de la delincuencia juvenil. Universidad de El Salvador, San Salvador.

6. Cárdenas, Joaquín Ernesto. “Sucesos Migueleños”. Citado por Canales Pleitez, Carlos Alexander; Chicas Marín, José Alejandro y Claros Rivera, Alcides José, en la tesis Rediseño Arquitectónico del Hogar de Niños Dolores Souza de la Ciudad de San Miguel. Universidad de El Salvador, agosto 2012, San Miguel. Pp. 64 - 66. Sitio electrónico: <http://168.243.33.153/infolib/tesis/50107760.pdf>

En torno al tema de la niñez y la adolescencia, en El Salvador, desde mediados del siglo XX (1950) se continuó fortaleciendo la Doctrina de la Situación Irregular o Modelo Tutelar. Esto se evidenció claramente con la transformación de la Escuela Correccional (creada en 1935)⁷, en la ciudad de Santa Ana, puesto que en el año de 1950 –durante el gobierno del Presidente Óscar Osorio– pasó a denominarse La Ciudad de los Niños.

En la Constitución Política de 1950 (Artículo 180) se confirmaba el fortalecimiento de la Doctrina de la Situación Irregular, al establecer que: “El Salvador protegerá la salud física, mental y moral de los menores, garantizará el derecho de éstos a la educación y asistencia. La delincuencia de los menores estará sujeta a un régimen especial.” Nótese que los vocablos protección, menores y delincuencia, son conceptos integrados en la doctrina o modelo tutelar.

Tabla 3
Establecimientos para la niñez
a partir de la Constitución de 1950

| Entidad | Año de fundación | sede |
|---|------------------|------------|
| Hospicio de Varones “Dr. Gustavo Magaña Menéndez” | 1951 | Ahuachapán |
| Reformatorio de Menores (anexo a Penitenciaría) | 1954 | Sonsonate |

Fuente: Barrera Campos, Paula Victoria; Fajardo Lima, Vilma Irasema y Villatoro Rubio, Gerardo Antonio (1994). El papel de las instituciones del Estado que brindan protección al menor ante el crecimiento de la delincuencia juvenil. Universidad de El Salvador, San Salvador.

En el ámbito de la estructura institucional, en el año de 1958 se creó la División de Menores, que era la dependencia estatal responsable de “coordinar los programas de asistencia social para el niño y la familia que pro-

7. Según la historia registrada por la Congregación Salesiana, la Escuela “Correccional de Menores”, en sus inicios estuvo a cargo de dos militares, quienes fungían “...como gobernador y comandante departamental el General Samuel Cortez y el General Peña Trejo, respectivamente.” Tomado del sitio electrónico: <https://sites.google.com/site/ciudadninosk>, consultado el 18 de julio de 2014.

porcionaban las instituciones gubernamentales y privadas”, cuyo funcionamiento terminó en 1960.⁸

Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores⁹

Posteriormente, en 1965 se emitió el Decreto Legislativo número 25, que contenía la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores, que dio lugar a la creación de sus respectivos tribunales que adoptaron el mismo nombre. Esta normativa también permitió, al año siguiente (1967), la creación del Departamento Tutelar de Menores, para administrar los centros de readaptación que surgieron con el apoyo de los ya referidos tribunales.

Tabla 4
Establecimientos surgidos con la
Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores

| Centro | Población | Sede |
|--|-----------|--------------|
| Centro de Menores de Izalco | masculina | Sonsonate |
| Centro de Orientación “Rosa Virgina Peletier” (1967) | femenina | San Salvador |
| Centro de Observación de Menores | masculina | San Salvador |

Fuente: Barrera Campos, Paula Victoria; Fajardo Lima, Vilma Irasema y Villatoro Rubio, Gerardo Antonio (1994). El papel de las instituciones del Estado que brindan protección al menor ante el crecimiento de la delincuencia juvenil. Universidad de El Salvador, San Salvador.

Código de Menores¹⁰

Posteriormente se promulgó el Código de Menores, en el año de 1974, con el que se derogó la Ley de Jurisdicción Tutelar de Menores. A partir del

8. Barrera Campos, Paula Victoria; Fajardo Lima, Vilma Irasema y Villatoro Rubio, Gerardo Antonio. El papel de las instituciones del Estado que brindan protección al menor ante el crecimiento de la delincuencia juvenil. Universidad de El Salvador, San Salvador, 1994. Sitio electrónico: www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/.../f8dbe2825ca-48074062574d60062340b?... , consultado el 15 de julio de 2014.

9. Decreto Legislativo 516, publicado en el Diario Oficial del día 23 de mayo de 1975, número 21, tomo 242.

10. Decreto Legislativo 25, publicado en el Diario Oficial del día lunes 25 de julio 1966, número 136, Tomo 212

año siguiente –1975– al amparo del referido Código, se creó dos establecimientos más y tres dependencias estatales que se ocuparían de aplicar la nueva normativa de entonces, destinada a la población infantil y adolescente, según la siguiente tabla.

Tabla 5
Dependencias públicas fundadas con el Código de Menores

| DEPENDENCIA | RUBRO DE ATENCIÓN | AÑO | SEDE |
|--|--|------|----------------------------|
| Centro de Menores El Espino (< 16 años) | Población masculina infactora | 1975 | Ahuachapán |
| Villas Infantiles (hogar sustituto) | Población huérfana, abandonada o en riesgo | 1976 | San Martín San Salvador |
| Consejo Salvadoreño de Menores | Orientación de la política de menores (Art. 7 inciso 2° del Código de Menores) | 1975 | San Salvador |
| Cuerpo de Protección de Menores | Detención de menores en delincuencia, vagancia o mendicidad | 1976 | San Salvador |
| Dirección General de Protección al Menor (fusión del anterior y del Departamento Tutelar de Menores) | Funciones preventivas | 1980 | San Salvador |

Fuente: Barrera Campos, Paula Victoria; Fajardo Lima, Vilma Irasema y Villatoro Rubio, Gerardo Antonio (1994). El papel de las instituciones del Estado que brindan protección al menor ante el crecimiento de la delincuencia juvenil. Universidad de El Salvador, San Salvador.

El Código de Menores perdió vigencia en 1993, con la entrada en vigencia de la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor¹¹, que posteriormente pasó a llamarse Ley del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia, derogada por la LEPINA en el año 2009.

1.3. Desde la CDN hasta la LEPINA

Entre el momento de la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), por parte del Estado de El Salvador (27 de abril de 1990),

11. Decreto Legislativo 482, publicado en el Diario Oficial del miércoles 31 de marzo de 1993, número 63, tomo 318.

hasta la aprobación de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia en abril de 2009 (LEPINA), transcurrieron casi dos décadas. Aunque esas dos décadas fueron rebasadas si se consideran las fechas de entrada en vigor de la CDN (septiembre de 1990) y el inicio de la vigencia total de la LEPINA (enero de 2011).

Durante ese período de 20 años, en el escenario público de la sociedad salvadoreña, desfiló una variedad de normativas, estudios y esfuerzos, que se encaminaron a propiciar el cumplimiento –e informar sobre la situación de– los derechos de la niñez y la adolescencia; todo ello con el protagonismo de las organizaciones no gubernamentales dedicadas a la temática como el ejercido por el funcionariado público estatal.

1.3.1. Desde la Convención hasta el Anteproyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia

Algunos de los aportes públicos y privados, orientados al cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño en El Salvador, aparecen detallados en las tablas siguientes.

Tabla 6
Aportes de entidades públicas para el cumplimiento de la CDN

| Aporte | Entidad | Fecha |
|--|---|----------------|
| Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor | Asamblea Legislativa y Órgano Ejecutivo | marzo 1993 |
| Política Nacional de Atención al Menor | Órgano Ejecutivo | marzo 1993 |
| Política Nacional para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia | - Secretaría Nacional de la Familia - Órgano Ejecutivo | noviembre 2001 |
| Anteproyecto de Código de la Niñez y de la Adolescencia | - Secretaría Nacional de la Familia, Órgano Ejecutivo. - Comisión de la Familia, la Mujer y la Niñez, Asamblea Legislativa. - Corte Suprema de Justicia, Órgano Judicial.-Unidad Técnica del Sector Justicia.- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) | mayo 2002 |

Fuente: elaboración propia

Como puede observarse en la tabla anterior, el Estado de El Salvador, intentó cumplir con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), a través de la emisión de la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor, de marzo de 1993 y con la difusión de la respectiva Política Nacional de Atención al Menor de la misma fecha.

En el mismo período, la sociedad civil también fue muy protagonista, según se ve en la tabla siguiente.

Tabla 7
Aportes de organismos privados para el cumplimiento de la CDN

| Aporte | Entidad | Fecha |
|---|---|----------------|
| Mecanismos de protección judicial para la niñez y la juventud en El Salvador (investigación) | Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas" (IDHUCA), El Salvador. | octubre 1998 |
| Investigación sobre los derechos económicos, sociales y culturales de la niñez y adolescencia salvadoreña y Propuesta de la Ley del fondo supletorio para la niñez y adolescencia salvadoreña | Asociación de Mujeres "Mélida Anaya Montes" - Ana Mercedes Jovel Urquilla - María Teresa Alemany Jordán | diciembre 2000 |
| Derechos y Políticas de Niñez Debates y propuestas en torno a los derechos de los niños, niñas y adolescentes | - Fundación Olof Palme - Red para la Infancia y la Adolescencia - Instituto de Derechos Humanos de la UCA - Procuraduría General de la República | diciembre 2001 |

Fuente: elaboración propia

Después de casi diez años de la vigencia de la CDN, específicamente el día 25 de mayo de 2000, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó dos instrumentos orientados a facilitar el cumplimiento de algunas disposiciones de la CDN, se trata de los Protocolos Facultativos: (1) relativo a la participación de niños en los conflictos armados (ratificado en El Salvador el 15 de noviembre de 2001)¹² y (2) relativo

12. "...El Salvador suscribió el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados, el 18 de septiembre de 2000 y lo ratificó mediante Decreto Legislativo número 609 de fecha 15 de noviembre de 2001, publicado en el Diario Oficial número 238, Tomo 353, de fecha 17 de diciembre de 2001..." HERRERA de RAMÍREZ, Agustina Yanira y otros. Convención sobre los Derechos del Niño y Protocolos Facultativos explicados. Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho /FESPAD ediciones. San Salvador, 2002, p. 109.

a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (ratificado por El Salvador el 25 de febrero de 2004)¹³. Los dos instrumentos internacionales son leyes de la República de El Salvador, según se detalla en el respectivo pie de página.

1.3.2. Desde el Anteproyecto de Código de la Niñez hasta la LEPINA

Estando fresca todavía la publicación (noviembre 2001) de la Política Nacional para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia; esta segunda década de vigencia de la CDN en El Salvador, fue inaugurada con la formulación y presentación del Anteproyecto de Código de la Niñez y de la Adolescencia (ACNA) en mayo de 2002 ante la Asamblea Legislativa de la República de El Salvador.

Sin duda, que esa presentación del ACNA a la Asamblea Legislativa, constituyó un destacado precedente –quizá el más relevante– sucedido 4 años antes ¹⁴ que se promovieran los debates sobre la ley que ahora conocemos con el acrónimo de LEPINA. El ACNA, fue llevado al órgano legislativo, a través de una comitiva integrada por representantes de los tres órganos fundamentales del Estado. Así también la preparación del documento fue apoyada por la Unidad Técnica del Sector Justicia (UTE) y por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef, por sus siglas en inglés).

Al comparar este anteproyecto con la ahora vigente LEPINA, puede advertirse varios aspectos de diseño legislativo. Para comenzar, puede apuntarse que: entre las dependencias administrativas, que figuraban en la propuesta, para propiciar el cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia se encuentran los Consejos Comunitarios, que podía ser integrado por varios Consejos Locales (equivalentes a los Comités Locales).

13. “Fecha de Suscripción: 13/09/2002... Fecha de ratificación: 25/02/2004 - Diario Oficial: 57 - Tomo: 362 - Publicación DO: 23/03/2004” Consejo Nacional de la Judicatura - Escuela de Capacitación Judicial y Save the Children. Instrumentos internacionales relativos a la trata de personas. Compilación. 1ª edición. Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2010.

14. “En mayo de 2002, llegó a manos de la Asamblea Legislativa un anteproyecto del código de la niñez y la adolescencia. Desde entonces duerme en las gavetas del órgano Legislativo.” El código de la niñez sigue en estudio, noticia publicada en La Prensa Gráfica, viernes 15 de diciembre de 2006, p. 50.

Otro aspecto característico de la estructura orgánica propuesta en el ACNA, sería la pretensión que éste contenía en lo relativo a garantizar la presencia de representantes de la empresa privada y de las iglesias, en la integración de algunas entidades del sistema de protección integral, como era el caso de los Consejos Locales (equivalente a los Comités locales de la LEPINA) y los Consejos Comunitarios, ambos denominados con el complemento de Protección de la niñez y de la adolescencia.

Es oportuno –y muy merecido– destacar también que el papel de la sociedad civil, a través de organizaciones no gubernamentales ha realizado esfuerzos muy importantes. Un caso ejemplar es el de Red para la Infancia y la Adolescencia, pues en noviembre de 2004, publicó el Informe de cumplimiento de la convención de los derechos humanos de la niñez en El Salvador 1998 - 2004¹⁵. La importancia de este documento radica en que una versión preliminar del mismo, fue presentada al Comité de los Derechos del niño en la Organización de las Naciones Unidas, en enero de 2004.

Tabla 8
Aportes privados para cumplir la CDN

| Aporte | Entidad | Fecha |
|---|---|-------------------|
| Convención sobre los Derechos del Niño y Protocolos Facultativos explicados | Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho | octubre 2002 |
| El Principio de Legalidad en Defensa de la Niñez y Adolescencia | Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho - Centro de Estudios Penales de El Salvador (FESPAD-CEPES) | mayo - junio 2003 |
| Informe de cumplimiento de la convención de los derechos humanos de la niñez en El Salvador 1998 - 2004 | Red para la Infancia y la Adolescencia | noviembre 2004 |
| Los Derechos de la Niñez y las Políticas Públicas en El Salvador | Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho | 2007 |

Fuente: elaboración propia

15. Muñoz, Violeta; Lainez, Rosa América y González, Ronald (2004). Informe de cumplimiento de la convención de los derechos humanos de la niñez en El Salvador 1998 - 2004. Red para la Infancia y la Adolescencia, 1ª edición, San Salvador.

En el ámbito internacional, apareció publicado *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, un trabajo del año 2004, elaborado por la abogada Mary Ana Beloff. La calidad de su trabajo queda probada con dos reimpresiones de su primera edición, realizadas en 2006 y 2008. En el capítulo primero, Beloff ha clasificado a los países latinoamericanos en tres diferentes grupos, respecto de la evolución mostrada post-ratificación de la CDN.

El primer grupo –según Beloff– está compuesto por los países en los que no se generó “impacto” alguno y si lo hubo fue “superficial” o “retórico”, después de haber aceptado el instrumento internacional referido (la CDN); el segundo grupo lo conforman los países que realizaron una “adecuación formal o eufemística” de su legislación interna a la convención; y finalmente, un tercero, constituido por países que realizaron una “adecuación sustancial” de su sistema normativo a la convención.¹⁶

El Salvador, junto a Panamá y Costa Rica, son considerados en el segundo grupo (adecuación legislativa de “impacto eufemístico”); es decir, únicamente promovieron una adaptación normativa “enmarcada” en la CDN, mediante leyes o códigos sobre temas específicos¹⁷, para el caso salvadoreño: Código de Familia, Ley del menor infractor¹⁸, Ley de vigilancia y control de ejecución de medidas al menor¹⁹, Ley contra la violencia intrafamiliar y otras similares.

16. Beloff, Mary Ana (2004). *Los derechos del niño en el sistema interamericano*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª reimpresión 2008, p. 8.

17. Ídem, p. 9

18. Por Decreto Legislativo n° 395, del 28 de julio de 2004, publicado en el Diario Oficial n° 143, tomo 364, del 30 de julio de ese mismo año, su denominación fue cambiada por la de Ley Penal Juvenil.

19. Por Decreto Legislativo n° 396, del 28 de julio de 2004, publicado en el Diario Oficial n° 143, tomo 364, del 30 de julio del mismo año, su denominación fue cambiada por la de Ley de Vigilancia y Control de Ejecución de Medidas al Menor sometido a la Ley Penal Juvenil.

Tabla 9
Aportes del sector público para cumplir la CDN

| Aporte | Entidad | Fecha |
|--|--|--------------------------|
| Informe Especial de la Señora Procuradora sobre situación de Desnutrición Infantil en las Zonas Rurales del Occidente del País | Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos | marzo 2003 |
| Los derechos humanos de la niñez y la adolescencia: Bases para la formulación de una Política de Seguridad Pública | Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos | junio 2003 |
| Plataforma de la Niñez y la Juventud | Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos | octubre - noviembre 2003 |
| Recopilación de Resoluciones e Informes especiales sobre la niñez y juventud | Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos | enero 2004 |

Fuente: elaboración propia

Con lo detallado en la tabla 4, se evidencia el protagonismo ejercido por la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, en tanto que su actividad institucional favorable a los intereses de la infancia, adolescencia y juventud, fue claramente sostenida en los dos años posteriores (2003 y 2004) a la presentación del ACNA (mayo 2002) ante la Asamblea Legislativa. Este activismo fue variado, porque presentó: un informe especial sobre desnutrición infantil, una propuesta de Bases para formular una política de seguridad pública, una plataforma de la niñez y la juventud, construida con representantes del sector de todo el país y finalmente publicó una colección de resoluciones e informes especiales sobre el sector poblacional que nos ocupa.

1.4. Aportes posteriores a la LEPINA

Después de aprobada y plenamente iniciada la vigencia de la LEPINA (enero 2011), comenzó un proceso de cumplimiento bastante paulatino, evidenciado principalmente –de un lado– en la instalación de la estructura organizacional responsable de viabilizar la diversidad de mandatos legales; y –de otro lado– en la emisión de las normativas que deben desarrollar y garantizar pormenorizadamente la eficiente aplicación de la referida ley.

En lo relativo a la estructura organizacional, la carencia principal se presenta en: las Juntas de Protección y los Comités Locales, así quedó de

claro en el Informe de Gestión del CONNA, publicado en febrero de 2014, en el que se presenta las listas de las dependencias ya fundadas, de las que fácilmente se infiere todas las que aún siguen pendientes de constituir o establecer. Entre ellas algunas Juntas de Protección, como las de La Paz, Cuscatlán y Cabañas; así como la gran mayoría de comités locales, que falta instituir, cuya cifra pendiente ronda los 240 comités²⁰.

Existen dos investigaciones académicas, en la modalidad de tesis de grado de la licenciatura en ciencias jurídicas, ambas fueron elaboradas por equipos de trabajo constituidos de personal estudiantil egresado la referida carrera. Una de ellas²¹ versa sobre la aplicación de la LEPINA en el componente administrativo, específicamente en cuanto a la manera en que los derechos de la niñez y adolescencia del municipio de San Salvador son efectivizados a través del Sistema de Protección Integral erigido en la referida ley. Si bien esta tesis, no aborda el foco problemático planteado en este documento, sí explora asuntos vinculados al establecimiento del sistema de protección de los derechos reconocidos en la LEPINA. La otra tesis, por tratar de manera muy especializada una parte del tema planteado para la investigación que se proyecta en estas páginas, será relacionada más adelante.

Entre los aportes del Consejo Nacional de la Judicatura, como órgano estatal llamado a ser vanguardia del sector justicia, a través de su brazo académico, gestionó en los primeros años de vigencia de la LEPINA una obra de interpretación jurídica, de la pluma del profesor venezolano Yuri Emilio Buaz Valera, titulada Ley de Protección Integral de la Niñez y

20. Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (2014). Informe de Gestión 2011-2014, San Salvador, p. 18. En esa publicación se detalla claramente que sólo en 10 de los 14 departamentos de la república se han institucionalizado las Juntas de Protección. Así, al momento de publicar el citado informe, aún faltaba establecer las juntas protectoras en los Departamentos de Cuscatlán, Cabañas, La Paz y Morazán. En materia de Comités Locales, que deberían ser 262, uno por cada municipio –según dicho informe– en el período que se reporta, sólo fueron establecidos 16 de esos organismos, una cifra que no alcanza siquiera el 10 por ciento de la totalidad regulada en la LEPINA.

21. Monterrosa Aguilar, Liliana Marisol; Orellana Peña, Yanci Johanna y Rivera Rodríguez, Ivith Alexandra (2012). Cómo la construcción del Sistema de Protección Integral de derechos de los niños(as) y adolescentes a partir de la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia en el municipio de San Salvador. Universidad de El Salvador, tesis de grado, sin edición, San Salvador.

Adolescencia Comentada de El Salvador Libro Primero²². Este voluminoso trabajo, en sus introductorias primeras 100 páginas presenta una magistral inducción sobre: la prolongada y enraizada concepción doctrinaria de la protección irregular, vigente por un poco más de siglo y medio en El Salvador; así como sobre el tema de los derechos humanos de la niñez y adolescencia, vinculándolo con la doctrina de la protección integral, como nuevo paradigma.

A lo largo de las restantes 400 páginas y más, Buaiz Valera desarrolla un pormenorizado y generoso análisis doctrinal sobre: las disposiciones preliminares, los principios, los distintos grupos de derechos (de supervivencia, protección, desarrollo, participación) y los deberes, que se encuentran distribuidos en los diferentes capítulos del primer libro de la LEPINA. La obra finaliza con un capítulo de Conclusiones y recomendaciones.

Otros aportes notorios al proceso de consolidación de la estructura administrativa regulada por la LEPINA, son los trabajos recientemente realizados y publicados por Visión Mundial El Salvador. El primero de ellos es una investigación titulada: Diagnóstico comunitario de protección de la niñez a nivel local. Este aporte versa sobre los problemas de protección que se presentan en algunos programas destinados a la niñez y adolescencia en 9 programas de desarrollo de área (pda) que funcionan en un mismo número de municipios, de 5 departamentos diferentes: Sonsonate y Ahuachapán, en la Zona Occidental; Morazán, San Miguel y La Unión, en la Zona Oriental.

El segundo aporte, ya difundido por esta organización, se denomina Mecanismos de coordinación y articulación del Sistema Nacional y Local de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de El Salvador (Propuesta de articulación del sistema). Una producción que no sólo tiene la virtud de contener un Modelo de mecanismos de articulación, sino también constituye un instrumento institucional elaborado en el marco de una consultoría para el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (CONNA),

22. Buaiz Valera, Yuri Emilio (2012). Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia Comentada de El Salvador. Libro Primero. Consejo Nacional de la Judicatura, 1ª edición, San Salvador.

aprobado por su Consejo Directivo el 7 de marzo de 2013 y publicado con el apoyo de Visión Mundial El Salvador.

Una tercera contribución de es la Guía Metodológica para la Construcción de Sistemas Locales de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia. Este trabajo fue publicado en el primer semestre del año 2014. El documento es una herramienta –como su nombre lo indica– destinada al impulso y consolidación de los Comités Locales, como entidades claves en el cumplimiento de los derechos de la niñez y adolescencia, pues con la Guía se busca orientar en el establecimiento de espacios de coordinación y articulación que permitan cumplir la LEPINA a través del Reglamento de Organización y Funcionamiento de los Comités Locales de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia, aprobado por el Consejo Directivo del CONNA, en febrero de 2013.

En el seno del sector justicia, específicamente por parte del Consejo Nacional de la Judicatura, a finales del año 2013 (noviembre y diciembre), se realizó el Diagnóstico e identificación de necesidades formativas específicas a nivel judicial y administrativo. Un producto generado con la participación directa de las y los operadores de los distintos organismos del sistema: Juntas de Protección, Juzgados Especializados de: Niñez y Adolescencia, Familia y de Ejecución de Medidas al Menor; así como representantes de la Procuraduría General de la República y la Policía Nacional Civil.

La metodología aplicada en este diagnóstico fue la conocida como Metaplan, basada en la identificación de Fortalezas, Oportunidades, Debilidades y Amenazas (FODA). Entre algunos de los hallazgos relevantes, pueden mencionarse:

**“ANÁLISIS DE LOS GRUPOS... SAN SALVADOR
(...) Obstáculos de relevancia considerada alta...**

- 1) *No existe un verdadero compromiso con la niñez y adolescencia ya que no hay sensibilidad respecto a la temática, ...poco interés para encontrar la solución, ... no hay convicción... Los NNA son vistos como problemas que solo generan gastos... Poca voluntad de parte de los responsables o titulares de las instituciones del Sistema para coordinar acciones de solución.*

2) *Débil formación en materia de niñez y adolescencia en operadores tanto sede judicial como administrativa. También existe rechazo de “Sectores Claves” es decir decisión y dirección... y el personal operativo, desconocen o no creen en la Doctrina de Protección Integral, se mantiene la idea tutelar y el Enfoque de Derechos Humanos, tampoco lo aplican,...*

(...)

5) *El incumplimiento del principio de Prioridad Absoluta, ... los recursos económicos son escasos, lo que lleva a no contribuir para una eficiente ejecución de medidas administrativas y judiciales de protección.(...)*

6) *...inadecuada distribución de competencia territorial en la sede Judicial, lo cual lleva a una concentración en la región central... una zona de 7 departamentos haciéndolo inmanejable,(...)*

“Soluciones...

(...)

7) *Creación de más juzgados especializados de niñez y adolescencia de acuerdo a las necesidades de la población y con base al Mapa Judicial, respecto al índice poblacional, niveles de conflictividad, ubicaciones fronterizas etc.’’²³*

1.5. ¿Cómo están las cosas en el ámbito propiamente judicial?

Existe una investigación académica²⁴, realizada por dos estudiantes egresadas de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la universidad pública, que conecta totalmente con el objeto de estudio de este esfuerzo investigativo, puesto que se enfoca en el Proceso General de Protección, regulado en el título IV del tercer libro de la LEPINA, un ámbito potestativo del Órgano Judicial, a través de sus juzgados y cámara de Niñez y Adolescencia

23. Díaz Zelaya, Berta Rosario (2013). Diagnóstico e identificación de necesidades formativas específicas a nivel judicial y administrativo. Informe de consultoría para la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, sin editar, pp. 12 - 14 y 18.

24. Campos Nerio, Verónica Carolina y Henríquez Urbano, Loreine Yamileth (2012). Estudio del título IV del libro tercero relativo al proceso general de protección establecido en la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia. Universidad de El Salvador, tesis de grado, San Salvador.

(Arts. 225 - 229). Este trabajo es uno de los que más avance ha reportado en cuanto a la problemática de estudio, pues entre algunas de sus recomendaciones destacan las siguientes:

“reformas necesarias a la LEPINA..., en especial el proceso general de protección,...

(...) crear un proceso especial de protección...en el cual se detallen la forma y plazos...

(...) La creación de más juzgados especializados...el número que actualmente existe...resulta insuficiente dada la cantidad de población a atender,...

(...) reformas a la LEPINA,...establecer de forma más exacta y clara la competencia de los juzgados especializados de la niñez y la adolescencia y los juzgados de familia, para evitar caer en problemas o conflictos derivados de competencia para conocer de un caso en particular.”²⁵

Finalmente aparece un aporte más reciente y determinante para la investigación a realizar a partir de estas páginas. Se trata de la conferencia de Alex David Marroquín Martínez²⁶, titulada Jurisdicción en niñez y adolescencia y su vinculación a los procesos de familia, en la que hizo afirmaciones como las siguientes:

- *“Competencia territorial: Distribución inadecuada con incidencia en la calidad y rapidez del trabajo”*
- *“Falta de adecuación de la normativa familiar (CF y LPF) con los contenidos sustantivos y procesales de la LEPINA”*
- *“Confusión sobre naturaleza de procesos: • LEPINA: Procesos contenciosos / No diligencias*

25. Ídem, pp. 134 y 135.

26. Marroquín Martínez, desempeña en propiedad una de las dos magistraturas de la Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia, con sede en San Salvador; él intervino como primer ponente el segundo día del Congreso Nacional de Derecho de Familia “Evelyn Roxana Núñez Franco”, organizado y desarrollado por la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, en un hotel de San Salvador, durante los días 23 y 24 de julio de 2014.

- Incumplimiento de las fases del proceso en sede administrativa”
- “Mal diseño procesal heredado del CF: • Inicio de los procesos: Demanda vs Art. 41 LPF
- Publicaciones por edictos”
- *“Ambigüedad en el diseño de las competencias: • Salidas definitivas del país • Declaratoria de adoptabilidad en sede administrativa”*

También es muy oportuno detenerse en las conclusiones que fueron resumidas en la presentación que respaldó visualmente la conferencia:

- *“Necesidad de una reforma integral de la LEPINA • Clarifique competencias administrativas y papel de la PGR • Fortalezca la institucionalidad judicial (mas tribunales)”*
- *“Necesidad de una reforma integral del CF y la LPF • Traslade los aspectos de niñez a jurisdicción especializada • Diseñe más modificaciones para los asuntos de niñez”*
- *Defensa de la apuesta por la desjudicialización de la problemática vinculada a la infancia • Fortalecimiento de la estructura administrativa • Evitar la judicialización excesiva y con ello la burocratización de la justicia”*

Sin lugar a duda, estos detalles de la conferencia dan cuenta directa del estado problemático actual del asunto objeto de investigación aquí planteado. También debe estimarse como valioso hallazgo que las afirmaciones del Magistrado Marroquín Martínez en la conferencia del referido congreso, resultan muy coincidentes con las recomendaciones del trabajo de grado de Verónica Carolina Campos Nerio y Loreine Yamileth Henríquez Urbano, realizado en el año 2012 en la Universidad de El Salvador, denominado Estudio del título IV del libro tercero relativo al proceso general de protección establecido en la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia.

El torrente de investigaciones, acontecimientos y aportes realizados en el seno de la sociedad salvadoreña, en torno a la situación actual del objeto

de estudio (la falta de claridad fronteriza entre la Jurisdicción de Familia y la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia), la situación puede ser planteada en los términos siguientes:

- 1- Mientras todo el componente administrativo (institucionalidad, mecanismos y procedimientos) de protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia, todavía sigue instalándose y desarrollándose, el componente judicial, sigue funcionando y descubriendo cuáles con las imperfecciones, vacíos, imprecisiones, dualidades, confusiones y otros aspectos similares que están apareciendo al ritmo de la aplicación de la LEPINA.
- 2- La Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia, ha emitido diversas resoluciones vinculadas a la supuesta invasión de competencias entre los Juzgados de Familia y los Especializados de Niñez y Adolescencia.
- 3- Esas supuestas invasiones entre una jurisdicción y la otra, aparentemente se derivan de la modificación de la competencia de Familia, generada con la LEPINA.

Lo que conviene entonces a partir de hoy es: continuar con la investigación Fronteras procesales entre las Jurisdicciones de Familia y de Niñez-Adolescencia, tomando como punto de partida todo lo expuesto en este documento denominado Estado del Arte, sin perjuicio de seguir en la búsqueda de otros insumos más, que puedan facilitar el éxito de la investigación planteada en estas páginas.

II- RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Funcionamiento de la Jurisdicción de Familia a partir de la LEPINA

A pesar que el Modelo de Protección Integral fue introducido al sistema normativo salvadoreño a través de la CDN y reafirmado con la aprobación de la LEPINA, la realidad legislativa de El Salvador, dispone que muchos de los aspectos relacionados con los derechos de NNA, deben seguir siendo decididos en la jurisdicción de Familia, pues la delimitación de la competencia de las sedes judiciales de Niñez y Adolescencia, está claramente

detallada en los artículos 226 y 230 de la LEPINA, claridad que no es tan cierta, según diversidad de opiniones.

Después de veinte años de vigencia y funcionamiento de la estructura judicial dedicada a Familia, se afirma que todavía el funcionariado de esas sedes judiciales no logra alinear su lenguaje, su práctica, ni sus decisiones –relacionadas con niñas, niños y adolescentes (NNA)– a los principios del innovador Modelo de la Protección Integral.

Se atribuye al funcionariado judicial de Familia, una visión de adultocentrismo en el desempeño de la delicada labor de administrar justicia, en la que al referirse a NNA, siguen usando el concepto “menores”, un vocablo que ya no es adecuado, no sólo por su implícita carga peyorativa, sino porque evidencia que todavía las decisiones judiciales, son regidas por el Modelo Tutelar (basado en la idea de la “niñez desamparada o desvalida”); así queda testificado en la siguiente cita.

“...no están aplicando la Doctrina de la Protección Integral de Derechos de la Niñez y la Adolescencia. (...) siguen trabajando, los juzgados de Familia, con (...) un enfoque adultocentrista, en donde prevalecen los derechos de las personas adultas frente a los derechos de la niñez y la adolescencia (...) piense usted en un divorcio. (...) hay que tomar decisiones que les atañen directamente a sus derechos; por decirle puntualmente: un cuidado personal, un régimen de relaciones y trato. Entonces el enfoque debe de ser, desde la visión de los derechos de la niñez (...) muchos jueces y juezas de Familia, incluso, cuando utilizan un lenguaje, lo hacen amparados a un modelo tutelar, en el cual se le denomina los menores (...) y no como la ley ya lo indica en su artículo 3: niños, niñas y adolescentes.”

(Profesional del Ministerio Público, 18 de septiembre 2014)

De la entrevista citada se puede interpretar además, que no basta con renovar el tipo de lenguaje que usen las y los titulares de la justicia de Familia, sino que además resulta “muy esencial” en la formación de las referidas

autoridades, que “conozcan...los principios” que rigen la “Doctrina de la Protección Integral” y que por ello es necesario “propender”, es decir, inclinarse o esforzarse porque la totalidad del funcionariado judicial referido, “estudie” objetivamente las “instituciones del Derecho de Familia, que inciden en los derechos de NNA.

En un similar contexto evaluativo, se expresó otro profesional responsable de una judicatura de Paz de la zona paracentral de la república, quien al referirse al funcionamiento de la Jurisdicción de Familia después de iniciada la vigencia de la LEPINA, coincidió con la persona entrevistada del Ministerio Público, en el sentido que sostuvo lo siguiente:

“...está trabajando normalmente, porque la judicatura de Familia, (...) siempre su trabajo ha sido más enfocado al adultocentrismo y no tanto a la niñez, la niñez es más vista como en una forma –digamos– derivada de los conflictos familiares que se dan entre los cónyuges (...) de tal forma que el niño (...) es sólo visto en una forma, como subordinada a las actividades que realizan los adultos, de tal forma de que el niño ha sido siempre visto bajo el modelo tutelar...”(Titular de judicatura de paz de la zona paracentral, 2 de septiembre 2014)

Las citas precedentes, aluden a la necesidad urgente que existe de promover los principios de la Doctrina de la Protección Integral entre el funcionariado judicial de Familia, no sólo como conocimiento teórico, sino principalmente como un eje que debe regir el trabajo y generar nuevas actitudes y prácticas judiciales que reconozcan y protejan a NNA como “sujetos plenos de derechos” (Art. 5 LEPINA), respetando el principio del interés superior que a su favor consagró el órgano legislativo salvadoreño (Art. 12 LEPINA).

De avanzar en cuestiones tan elementales como ésta, se estarían sentando las bases para superar y desterrar definitivamente la visión adultocentrista que sigue determinando completamente las actitudes, la praxis y las decisiones de quienes administran justicia, así como de quienes deben formar y orientar a NNA (padres, madres, tutores, educadores, etc.) para procurarles un futuro luminoso y productivo al servicio de sus semejantes.

2.2. Las sedes judiciales de Niñez-Adolescencia y la aplicación de la Ley Procesal de Familia.

De conformidad con los artículos 226 y 230 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia (LEPINA), son dos los tipos de procesos –general de protección y abreviado– que se pueden sustanciar en los juzgados especializados de Niñez y Adolescencia (en adelante JENA). Tanto en el caso del proceso general de protección, como del proceso abreviado, los supuestos que activan el desarrollo de cada uno de ellos, también están detallados claramente en el texto de los referidos artículos.

Es claro además que los dos procesos, están determinados por un ensamblaje normativo constituido por las disposiciones de la Ley Procesal de Familia (en adelante LPF) y las contenidas en la LEPINA. Al parecer es precisamente ese “ensamblaje” normativo el que ha generado problemas de considerable dimensión.

Respecto del proceso general de protección, se indica (Arts. 215 y 225 LEPINA) que “se aplicarán las disposiciones del proceso de familia, con las modificaciones...” establecidas en la misma LEPINA. En cuanto al Proceso Abreviado –en el criterio de una autoridad judicial entrevistada– se valora que la situación problemática radica en que es “totalmente irregular” en tanto que carece de “secuencia lógica lineal”, un defecto que impide la definición de un “procedimiento conforme a la Constitución” una cuestión que demanda una discusión (y por supuesto una solución) relacionada netamente con la técnica legislativa.

Algunas autoridades judiciales, tanto de las sedes de justicia de Familia como de las sedes judiciales de Niñez y Adolescencia, sostienen una serie de afirmaciones sobre el “diseño procedimental” que se determinó para administrar justicia en los casos indicados en la LEPINA. Entre las principales afirmaciones pueden advertirse algunas muy sutiles y otras de fuerte contenido. Tales extremos los encontramos al advertir que para una titular de la jurisdicción de Familia: “debería haber un diseño procedimental en la LEPINA”, mientras que desde otra opinión, se dice que durante el proceso de formación de ley que tuvo la LEPINA, ahí fue donde se “abortó” el proyecto original de la referida ley.

Esta última afirmación, podría tener mucho sentido y respaldo histórico si se considera como indicio el antecedente histórico de mayo del año 2002, en el sentido que en tal oportunidad fue presentado el Anteproyecto de Código de la Niñez y de la Adolescencia (ACNA), pero que no prosperó ni en lo más mínimo, pues fue hasta el año de 2006, que se tramitó un segundo anteproyecto sobre el tema, que después de todo el trámite legislativo, se convirtió en la que actualmente se conoce como LEPINA, cuya plena vigencia inició a partir de enero 2011.

Otra de las autoridades judiciales participante en esta investigación, específicamente de la jurisdicción de Niñez y Adolescencia, puso énfasis al considerar –entre muchas otras cuestiones– que el defecto legislativo de la LEPINA es precisamente que carece de un proceso, siempre que no se trate de los casos que deben ser sometidos a proceso general de protección. Tal ponderación, fue reiterada por la referida autoridad judicial, en tanto que le parece que “la Ley Procesal de Familia no debería ser el proceso que supletoriamente se aplica” debido a que si estamos hablando de una judicatura especializada –la de Niñez y Adolescencia– es congruente entonces la necesidad de disponer de procesos especializados, pues en algunos casos, que no se tramitan mediante el proceso general de protección, la LPF no permite respuestas que sean “garante[s] y ágil [es]”²⁷.

2.3. Dificultades y discordias interpretativas al aplicar la LPF y la LEPINA

En el desarrollo de las actuaciones judiciales de Niñez Adolescencia, la aplicación de las dos normativas referidas (LPF y LEPINA), ha presentado varias dificultades. Algunas de éstas se vinculan directamente con cuestiones como las siguientes:

1- Salidas del país. 2- Admisibilidades e improponibilidades. 3- Adopciones. 4- Plazos para apelaciones. 5- Desarrollo de audiencias.

27. Entrevista con autoridad judicial de primera instancia de Niñez y Adolescencia, 12 de septiembre de 2014.

(1) Salidas del país. La autorización para salidas temporales o definitivas de NNA, del territorio salvadoreño, están expresamente conferidas a los juzgados especializados de Niñez y Adolescencia (JENA). No obstante ello, ese tipo de autorizaciones han ganado notoriedad no sólo por los temas de sorpresas a la buena fe y los fraudes de ley, en tanto que se pretende revertir fallos anteriores de judicaturas de Familia, sino también por las dificultades que todo eso ha generado entre las judicaturas de Niñez y Adolescencia. En cuanto a las dificultades para el funcionariado judicial, a la hora de tramitar tales autorizaciones (temporales o definitivas) para la salida del país (de NNA) mediante la aplicación de la LPF y la LEPINA. Esto ha quedado en evidencia mediante algunas resoluciones emitidas por la Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia, con sede en San Salvador, respecto de algunos fallos de los JENA, a través del recurso de apelación.

El criterio jurisprudencial establecido por la Cámara de Niñez y Adolescencia, podría resumirse así: respecto de las autorizaciones temporales no existe problema alguno para resolverlas; pero, en lo relativo a las autorizaciones definitivas, se ha detectado tres supuestos a considerar: (a) existencia de un proceso previo o pendiente en sede judicial de Familia (relacionado con cuidado personal, suspensión o pérdida de autoridad parental y régimen de relaciones y trato), (b) sentencia previa de una judicatura de Familia, sobre alguno de los aspectos ya referidos, y (c) Madre o padre de domicilio ignorado.

Cuando la solicitud de autorización de salida del país, que se presente al JENA, únicamente cuando el supuesto de la pretensión sea ése (domicilio ignorado de madre o padre), el proceso de autorización de salida definitiva del país será conocido y resuelto por la autoridad judicial de Niñez y Adolescencia, pues en los casos de los supuestos a y b, indicados en el párrafo anterior, debe respetarse lo que resuelva la autoridad judicial de Familia.²⁸

28. Ponencia de Alex David Marroquín Martínez, magistrado de la Cámara Especializada de Niñez y Adolescencia, desarrollada en el segundo día del Congreso Nacional de Derecho de Familia “Licenciada Evelyn Roxana Núñez Franco”, San Salvador, 24 de julio de 2014, organizado por la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura.

(2) Admisibilidades e improponibilidades. Respecto de las admisibilidades de demandas –según operadores judiciales– el problema se ha generado en el sentido que, en algunos casos, la autoridad judicial hace múltiples prevenciones en distintas resoluciones de un mismo caso, que generan un alargamiento injustificado del plazo de los 5 días (artículo 95 LPF), regulados para admitir o no la demanda. Respecto de la improponibilidad de la demanda, también se dice que es un asunto que no está superado, pues no se realiza un adecuado manejo de la figura procesal.

(3) Adopciones. Otro tópico que se identificó mediante la presente la investigación, en cuanto a las dificultades de aplicación de la LPF y la LEPINA, es el “delicado” tema de las adopciones, pues se dice que tanto el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA), como la Procuraduría General de la República (PGR), aún después de iniciada la plena vigencia de la LEPINA, han emitido declaratorias de adoptabilidad. Ello a pesar que casi todas las atribuciones relacionadas con acogimientos familiares e institucionales y las relativas a las adopciones son competencia de las judicaturas de Niñez y Adolescencia. Es decir que en la actualidad, tanto el ISNA como el CONNA, carecen de facultades legales para continuar declarando adoptabilidades.

(4) Plazos para apelaciones. En lo relativo a la resolución del recurso de apelación, también se plantea una situación difícil, respecto de que “no es posible” cumplir con el plazo de los 15 días ordenados en el artículo 244 de la LEPINA. Esta dificultad es comprensible, pues si la misma LEPINA indica la aplicación de la LPF, obviamente que el trámite para las apelaciones es más realista y adecuado, porque en este instrumento normativo (LPF artículos 159 y 160), sí se desarrolla la regulación del trámite de ese recurso, tanto en la sede judicial de primera instancia, para correr traslado a la parte victoriosa, como en segunda instancia, en la que se prevé la posibilidad de ofertar pruebas (por la parte impugnante) y la realización de una audiencia para recibir tales probanzas.

(5) Desarrollo de audiencias. “Eso deja mucho que desear” y “no saben lo que están haciendo”, son dos afirmaciones con las que se califica el desempeño de las personas que –en calidad de suplentes– asumen las judicaturas de Niñez y Adolescencia. En medio de tales ponderaciones, no

sólo se advierte problemas con el desarrollo de audiencias, la estructura de actas, la emisión de sentencias y el manejo de los incidentes procesales en audiencia, sino también se cuestiona: tanto la manera (cómo lo hacen, con qué criterios o parámetros) para designar a esas personas (suplentes de las judicaturas de Niñez y Adolescencia), como a quienes asumen ese rol judicial, sin contar con la preparación para ello.

2.4. Delimitación de las áreas de competencia

Después de los primeros cuatro años de vigencia plena de la LEPINA, entre las y los operadores del sistema de justicia, se configura la afirmación relativa a que existen “fronteras” –y cuestiones “límitrofes”– “grises” o poco claras, respecto de las actuaciones que deben realizarse en los procesos judiciales de Familia y de Niñez-Adolescencia. Este clima de confusión e incertidumbre en el seno de la justicia salvadoreña, motivó y determinó el título, el contenido y la orientación del proceso investigativo reportado en estas páginas. Luego de la recolección de los datos, en este punto específico (fronteras o delimitación de competencias), las y los operadores de justicia –tanto de Familia, como de Niñez y Adolescencia– indicaron una serie de cuestiones difíciles que a continuación quedan planteadas.

La pregunta para las autoridades abordadas durante la recolección de datos, a través de entrevistas, fue la siguiente: “¿Están claramente delimitadas las áreas de competencia de las jurisdicciones de Familia y de Niñez y Adolescencia, frente a pretensiones relacionadas con los niños, niñas y adolescentes?”

Un aspecto vital que apareció en la primera de las entrevistas realizadas fue el tema de la inseguridad jurídica, derivada directamente de las siguientes situaciones:

(i) La LEPINA tiene un diseño muy parecido al de otros dos instrumentos normativos: la Ley contra la violencia intrafamiliar (LCVIF) y la Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres (LEIVLVM); ese diseño parecido entre las tres leyes referidas, consiste en que son leyes constituidas por disposiciones sustantivas y procedimentales. Esto conecta claramente con el hecho que, en el caso de la

LEPINA, no se cuenta con un proceso autónomo y claro, que facilite el desarrollo secuencial de las actuaciones judiciales.

(ii) El proceso abreviado (Art. 230 LEPINA), sirve para tramitar casos de una lista cerrada (*numerus clausus*); mientras que el proceso general de protección es de naturaleza contraria, en el sentido que sí admite otros casos no previstos (*numerus apertus*), según lo establecido en el literal ‘f’ del artículo 226 de la LEPINA.

(iii) En el texto de la LEPINA, se reconoce un abundante “catálogo” de derechos, muy similar al contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN); sin embargo, los mecanismos procedimentales de protección de algunos de esos derechos, no están claramente delimitados, además de que existe vinculación –de algunos de esos derechos– con las potestades de la judicatura de Familia, principalmente por estar reconocidos tanto en la LEPINA como en el Código de Familia.

En otros países, como Ecuador, Brasil y Venezuela, esta confusión no existe, pues –según algunas de las autoridades entrevistadas– todos los derechos de NNA son tutelados en las sedes judiciales especializadas de Niñez y Adolescencia. Así, puede tratarse de cuidados personales, regímenes de relaciones y trato, suspensiones o pérdidas de autoridad parental, alimentos y muchos otros que, aunque estén relacionados con un proceso de divorcio, los derechos de NNA, son protegidos mediante fallos de las autoridades judiciales especializadas en Niñez y Adolescencia.

(iv) También ocurre que, para las autoridades de los JENA, los casos que presentan “dificultad práctica” son aquellos en los que: a) Es necesario aplicar medidas de protección en favor de NNA, b) Se trata de vulneraciones de derechos, y c) Están amenazados los derechos de NNA; en estos dos últimos casos (derechos vulnerados o bajo amenaza de sufrir vulneración) el supuesto es que –por cualquier motivo– el caso no haya pasado por conocimiento de alguna junta de protección.

Sobre este asunto –de la delimitación de competencias entre judicaturas de Familia y de Niñez y Adolescencia– aparece otro razonamiento: si las di-

ligencias de jurisdicción voluntaria de NNA son resueltas por la autoridad judicial de Familia, se entiende que ésta debe aplicar las disposiciones de la LEPINA; entonces, a pesar que todos estos rubros sustantivos (de jurisdicción voluntaria) tendrían que ser procesados y resueltos por la autoridad judicial de Niñez y Adolescencia, resulta un tema de conveniencia, en el sentido que es mejor que continúen siendo del conocimiento de la Jurisdicción de Familia, por tratarse de una estructura judicial que garantiza una cobertura plena en todo el territorio nacional, principalmente en el municipio de San Salvador y el gran San Salvador, así como la presencia –de al menos una judicatura– en cada una de las cabeceras departamentales.

“...el tema es el siguiente: si un juez de Familia resuelve en custodia, resuelve en régimen de comunicación, de trato, resuelve en adopción, resuelve en todas las diligencias de jurisdicción voluntaria referidas a Niñez y Adolescencia, debe aplicar las reglas de la LEPINA, (...) más que un problema de competencia, el tema es la conveniencia de que algunos temas referidos a Niñez y Adolescencia sigan en sede del juez de Familia...”(Titular de magistratura de cámara, martes 16 de septiembre 2014)

“...adopción debe estar dada –en el caso de personas menores de edad– por jueces especializados. En los otros temas: de alimentos, de régimen de relaciones y trato, de cuidados personales; esos temas bien pueden quedar siempre como están hasta este momento, a cargo de los jueces de Familia...”(Profesional del Ministerio Público, jueves 18 septiembre 2014)

2.5. Motivos generadores de incidentes de competencia

A la base de esta situación –según una de las autoridades participantes– el problema de fondo se encuentra en la técnica legislativa utilizada en la LEPINA, en tanto que es una “ley sustantiva-adjetiva”²⁹, es decir que reconoce derechos, pero simultáneamente establece procedimientos; el punto es que no los regula de manera integral y suficiente, al ordenar la aplicación supletoria de la Ley Procesal de Familia.

29. Entrevista con autoridad judicial de paz de la zona paracentral, martes 2 de septiembre de 2014.

Es oportuno agregar, según aporte de una autoridad judicial de Paz de la zona paracentral, que en nuestro medio, no se tiene costumbre en el sistema de justicia salvadoreño, respecto de que una nueva jurisdicción no tenga claridad (determinada en las leyes) de las instituciones jurídicas que regula o que serán sometidas a su competencia, y que muy lejos de contar con listas (establecidas en el texto legal) de asuntos procesables ante su autoridad, lo que se ha enfrentado con la LEPINA ha sido que la persona operadora del sistema, principalmente las y los titulares de las judicaturas, deben ir decidiendo sobre los asuntos de competencia, con todos los riesgos de equivocarse o generar pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, como ya ha sucedido respecto de los casos que habían sido iniciados en las sedes judiciales de Familia, y que debieron seguir siendo sustanciados por esas judicaturas, aún después de erigida la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia.

Otro aporte, proveniente de una autoridad judicial de segunda instancia, que concedió entrevista para esta investigación, hace referencia a que, en materia de adopción, las atribuciones judiciales están claras, pero se estima necesaria una reforma legal que defina las competencias de las entidades administrativas, principalmente las facultades de la Procuraduría General de la República (PGR) y del Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y la Adolescencia (ISNA). Agrega además la autoridad judicial entrevistada, que algunos de los asuntos jurídicos vinculados directamente a derechos de NNA, deberían pasar a ser competencia de las autoridades judiciales especializadas de Niñez y Adolescencia, tales como: pérdidas y suspensiones de autoridad (responsabilidad) parental, adopciones, alimentos, sin descuidar por supuesto la necesidad de fortalecer (incrementar) la estructura (judicial) de Niñez y Adolescencia.³⁰

Para otra autoridad judicial de segunda instancia, que también aportó a esta investigación, tanto en el caso de NNA que se encontraban en “institucionalización” y “durmiendo el sueño de los justos”, como los casos de cuidado personal y la falta de filiación parental, son tres casos mencionados como respuestas a la pregunta: “*¿Existen motivos que provoquen incidentes de competencia entre las jurisdicciones de Familia y Niñez-Adolescencia?*”.

30. Entrevista con autoridad judicial de segunda instancia, martes 16 de septiembre de 2014.

Se detectan otras situaciones en el quehacer y en la actitud de personas que operan las diferentes entidades del sistema de protección de los derechos de NNA. Así lo deja entrever otra de las autoridades de segunda instancia, cuya claridad en su exposición es tan reveladora que pone al desnudo algunos de los problemas concretos en el funcionamiento del SNPINA:

“...la identidad de los niños, (...) debe ser objeto de reforma, porque está conociendo el juez de Niñez...se da cuenta (...) que el niño no tiene partida de nacimiento, no tiene afiliación y el juez no puede hacer nada, (...) conocimos aquí el caso de una jueza que le remitió cuatro oficios a la Procuraduría para que iniciara el proceso, el subsidiario que correspondiera mientras ella estaba tramitando el de afectación de derecho, nada y al final ella le sanciona al abogado y el abogado apela aquí, y (...) dice: “Es que mi trabajo es de vulneración de derechos no es de seguir juicios subsidiarios”,...”(Titular de magistratura de segunda instancia, jueves 18 de septiembre de 2014)

2.6. Propuestas de solución

Las personas que participaron –concediendo entrevistas– como actores y actrices claves para la investigación, formularon generosamente una abundante cifra de propuestas, sin embargo, la mayoría de ellas pueden verse de forma resumida en la tabla que aparece en este apartado. Es oportuno advertir que se identifican tres grandes ejes de solución:

- 1- Reformas al sistema normativo.
- 2- Ampliar las competencias de los JENA (puntualizando algunos aspectos que podrían sustraerse a las judicaturas de Familia).
- 3- Continuar procesos de capacitación específicos para profesionales que operan el sistema de justicia.

Respecto del primer eje de propuestas de solución, se observa que de las siete personas entrevistadas en total, cinco de ellas coincidieron en la necesidad de realizar reformas legales; aunque algunas propuestas indicaron

específicamente la posibilidad de reformar la LEPINA y otras fueron más genéricas al referirse al sistema normativo con las expresiones: “reforma integral a las leyes”, “reformas legales” y “reformular procesos”.

Tabla 10
Soluciones propuestas desde distintos roles

| Judicatura de Paz | Secretaría Juzgado de Familia | Judicatura de Familia | Judicatura de Niñez-Adolescencia | Magistratura de Niñez-Adolescencia (titular 1) | Magistratura de Niñez-Adolescencia (titular 2) | Profesional del Ministerio Público |
|---|---|---|---|--|---|---|
| Reformular procesos: Definir proceso abreviado | -o- | Reformular LEPINA: competencia y procedimientos | Reformas legales: proceso autónomo para medidas de protección | Reforma integral a las leyes: adecuarlas al Modelo de Protección Integral | -o- | Reformas a la LEPINA: - Corregir vacíos e insuficiencias |
| Extraer del Código de Familia y pasar a LEPINA: Adopciones, autoridad parental. | Pasar a JENA las tutorías, incapacidades de NNA y autoridades parentales. | -o- | -o- | 1- Potenciar (aumentar) atribuciones de los JENA. Ej. conocer factores de vulneración 2- Trasladar atribuciones de juzgados de Familia a los JENA | Ampliar competencia de los JENA: autoridad parental, estados familiares, adopciones y cuidados personales | -o- |
| La especialidad de NA no existe, está parcializada | -o- | -o- | A- Talleres jurisprudenciales, sobre diferencias: 1- subsistemas 2- sistema completo. B- Integrar normativas: Constitución, convenios y leyes (Código de Familia, LEPINA, LPF) | -o- | Capacitar más a los JENA sobre aplicación de la LPF | Mejorar manejo de audiencias en los JENA de San Salvador (desarrollo, tiempos invertidos) |

Fuente: Elaboración propia.

2.7. Hallazgos adicionales

Con toda la información recabada en la investigación, se puede identificar una variedad de asuntos que –si bien no eran buscados– son hallazgos que deben detallarse porque constituyen variables que demandan atención urgente para buscar las soluciones más acertadas. Es en este sentido que a continuación se detalla varios aspectos que no necesariamente constituyen cuestiones procesales (mucho menos “fronterizas”) entre las dos jurisdicciones investigadas (Familia y Niñez-Adolescencia), sí son algunos efectos directos de las equivocadas decisiones “administrativas” de quienes determinaron la estructura y fisonomía de la Jurisdicción Especializada de Niñez y Adolescencia, así como el tamaño de la planta laboral que constituiría la jurisdicción especializada y la haría funcionar.

A continuación aspectos muy puntuales, que ya están minando las bases y la calidad del servicio de justicia, destinado a garantizar los derechos de la población salvadoreña más joven.

i- Síndrome del túnel carpiano y fatiga en el personal de colaboración judicial

En una de las sedes judiciales de Niñez y Adolescencia, se sabe de varios integrantes del personal de colaboración judicial que, debido a la enorme cantidad de trabajo, ya padecen grave deterioro en su salud física; específicamente se trata de un diagnóstico médico relacionado con el síndrome del túnel carpiano. La situación concreta revela, que se trata de cinco casos: uno que ya sufrió intervención quirúrgica, otro que –a la fecha de coleccionar los datos de esta investigación– tenía programada la misma intervención por igual padecimiento; respecto de las otras tres personas, se dice que ya padecen inicios del referido síndrome.

En términos similares, desde la perspectiva del Ministerio Público, se percibe una especie de fatiga o cansancio en el personal de las sedes judiciales de Niñez y Adolescencia, una situación claramente evidencia-

da en las resoluciones y notificaciones judiciales, porque éstas incluyen aclaraciones que dan cuenta aluden y justifican el retraso en las actuaciones judiciales, debido a la excesiva carga laboral que las sedes judiciales de Niñez y Adolescencia enfrentan desde hace ya cuatro años.

ii- Escasez de recursos humanos y logísticos

Durante la investigación también se ha conocido que las y los profesionales de la Procuraduría General de la República, destinados a intervenir en los procesos judiciales que se ventilan en la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia, no superan siquiera la cantidad de 10 personas, para atender toda la demanda a nivel nacional. Una situación parecida ocurre con las oficinas de asistencia jurídica gratuita, en el sentido que –se dice– están “saturadísimos”, según afirmaciones de una autoridad judicial de Niñez y Adolescencia que aportó a esta investigación.

Sobre los recursos logísticos, la situación tampoco es sostenible, pues resulta que para dos judicaturas de un mismo JENA, se dispone solamente de un vehículo para realizar todo tipo de diligencias, una situación que demanda un recorrido que diariamente alcanza un promedio de 200 kilómetros.

iii- Retardación de justicia

En cuanto a este histórico padecimiento del sistema salvadoreño de justicia, es necesario referirlo tal cual fue señalado por la persona entrevistada: las audiencias en los JENA, se están programando para 4 y 5 meses después, según el punto de vista profesional de quien representa al Ministerio Público, cuya afirmación enfatiza agregando que: “eso no es acceso a la justicia”.

Esta información fue cotejada con otro dato sobre el mismo asunto, revelado por una de las autoridades judiciales especializadas, en el sentido que aseguró que (en la judicatura bajo su responsabilidad) “no hay día sin audiencias” programadas y que –a la fecha de la entrevista:

12 de septiembre 2014– el calendario de audiencias ya abarcaba hasta mediados de octubre. Obviamente esto último no coincide con la aseveración de la profesional del Ministerio Público, pero posiblemente (tanto una persona como la otra) las afirmaciones no se referían a la misma sede judicial. En todo caso, este contraste de datos demanda estudiar cuantitativamente el flujo de casos que realmente transitan en los JENA y el comportamiento de los plazos que dividen las fechas de las resoluciones de programación de audiencias y la fecha en que éstas son realizadas.

iv- Acercamiento del servicio de justicia a la población

Debido a las precarias condiciones económicas y sociales en que subsiste buena parte de la población salvadoreña, principalmente la del ámbito rural, que carece hasta de recursos para desplazarse desde los cantones o caseríos más alejados de las sedes de los JENA, en el caso de San Miguel, se ha desarrollado una sencilla y muy funcional práctica: la autoridad judicial –y su personal de colaboración– se desplazan hacia la sede judicial de Paz de las personas involucradas en un proceso de Niñez y Adolescencia para aminorar los esfuerzos y la inversión de recursos por desplazamiento de las personas que viven más alejadas de las sedes judiciales de Niñez y Adolescencia (según afirmaciones de una de las personas entrevistadas que ejerce como suplente en la judicatura especializada).

v- Casos más frecuentes en la justicia de Familia: divorcios en el primer lugar.

Finalmente debe hacerse merecida referencia a un aspecto con mucho potencial para un análisis socio-jurídico, un dato obtenido en entrevista con una autoridad judicial de Familia, en la que al responder sobre los tipos de casos más frecuentes, reveló una tendencia hacia la desintegración del tejido familiar en la sociedad salvadoreña, al compartirnos que la mayoría de procesos diligenciados en la sede judicial bajo su responsabilidad, son los casos de divorcios.

2.8. Conclusiones

- i- Los juzgados de Familia y de Niñez y Adolescencia, además de ser parte del Órgano Judicial, a través de éste, integran el Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia (SNPINA) del Estado de El Salvador (Art. 105 literal f, LEPINA), que también se constituye de entidades administrativas y de representantes de la sociedad en general, a través de los comités locales, las asociaciones y la Red de Atención Compartida. La existencia de todos los organismos que legalmente constituyen el SNPINA y el eficiente funcionamiento de tal sistema, influyen directamente en la situación de sobrecarga laboral que enfrentan los Juzgados Especializados de Niñez y Adolescencia (JENA).

- ii- El SNPINA, está diseñado para velar por los intereses y derechos de la población salvadoreña más joven en general; sin embargo, las juntas de protección y los juzgados especializados de Niñez y Adolescencia, se encargan mayoritariamente de casos de vulneración de derechos o de amenazas de que ocurran tales vulneraciones, debido a situaciones de grave desprotección o de grave incumplimiento de deberes familiares (abandono) en perjuicio de niños, niñas y adolescentes (NNA). En el caso de los juzgados de Familia, se entiende que su ámbito de competencia continúa destinado a los multitudinarios casos de NNA, que se encuentran en medio de conflictos e irresponsabilidades de algunos integrantes de la estructura familiar (divorcios, reconocimientos forzosos de hijos e hijas, reclamos de alimentos, suspensiones o pérdidas de autoridad parental, administración de bienes y muchos otros).

- iii- El funcionamiento de los JENA es afectado por una enorme carga laboral, probablemente originada en diversas situaciones como las siguientes: (a) Es evidente que la cantidad de judicaturas, creadas como un mínimo indispensable para atender todos los casos del territorio nacional, no garantiza una cobertura satisfactoria, debido a que: 2 judicaturas funcionan para atender 7 departamentos de la zona central

y paracentral; otras 2 judicaturas, para resolver los casos de 4 departamentos en el oriente del país y 2 judicaturas más, para atender tres departamentos de la zona occidental. (b) Las Juntas de Protección, cuya cantidad es de 15 en todo el país (al menos una por departamento, excepto San Salvador que cuenta con 2 de ellas) aparentemente no están realizando eficientemente sus funciones, en tanto que se sabe de tramitaciones inadecuadas o incompletas de los casos, pues –en virtud del artículo 230 literal ‘a’ de la LEPINA– probablemente las juntas de protección estén negándose a conocer de algunas tipologías de casos de vulneración de derechos.

- iv- El ensamblaje legislativo o integración de las normas procedimentales de la LEPINA y la LPF, así como la regulación coincidente (en el Código de Familia y la LEPINA) de varias instituciones jurídicas con sustanciales a los derechos, deberes e intereses de NNA, ha generado una considerable cantidad de confusiones, oscuridades, incertidumbres y discordias interpretativas entre las diversas entidades y profesionales que operan el sistema de administración de justicia, tanto en el ámbito administrativo, como en el judicial –entre los juzgados de Familia y los JENA– una situación generadora de incidentes e invasiones de competencia entre las dos jurisdicciones especializadas.

- v- El componente judicial del SNPINA (constituido por los juzgados y cámaras de Niñez y Adolescencia y de Familia), es una estructura funcional que hace sus mejores esfuerzos por cumplir sus responsabilidades, de conformidad con el sistema normativo jurídico vigente (Constitución de la República, Convención sobre los Derechos del Niño, Convenio de La Haya, LEPINA, LPF, Código de Familia); sin embargo, gravitan en el ambiente del desempeño público del SNPINA, algunas cuestiones que no se pueden resolver solamente con la vigencia de las leyes y la buena disponibilidad que tengan algunas personas responsables de aplicar el sistema normativo jurídico.

Véase por ejemplo: la cantidad de Comités Locales existentes y los que falta constituir (pues deberían estar funcionando 262, uno por cada

municipio); la situación de sobrecarga laboral que enfrentan las y los profesionales de la Procuraduría General de la República, la calidad de trabajo de las Juntas de Protección, con una fuerte inclinación a tramitar irregularmente los casos o incurrir en la excesiva judicialización de los mismos, la escasa cantidad de sedes judiciales en todo el territorio nacional, entre muchas otras situaciones.

Si bien es cierto, que estos aspectos están fuera de las posibilidades de corrección por parte de quienes administran justicia, en las sedes judiciales de Niñez y Adolescencia o Familia, también es muy cierto que tal cúmulo de situaciones reflejan una realidad estructural que no se corrige fácilmente con decretos o nuevas leyes, sino que dependen de: procesos de sensibilización, cambio de actitudes, implementación de sistemas de control de calidad y de políticas de supervisión permanente que, al parecer, todavía no existen ni están próximas.

vi- La mayoría de autoridades y actores-actrices que participaron en esta investigación, a través de las entrevistas, coinciden en que es necesario: impulsar reformas legales que conduzcan al establecimiento de un proceso autónomo destinado a facilitar y viabilizar la tramitación de los asuntos de competencia de las sedes judiciales de Niñez y Adolescencia; así como la instauración de procedimientos especializados que sean coherentes con una jurisdicción especializada capaz de garantizar la protección integral de la población más joven (NNA); también se demanda la necesidad de una revisión integral y adecuación de la legislación propia de la materia y de las que son conexas o circundantes.

vii- La diminuta cantidad de judicaturas especializadas de Niñez y Adolescencia existentes en El Salvador, así como su ubicación en las ciudades más grandes del territorio nacional (San Salvador, San Miguel y Santa Ana), constituye una estructura judicial extremadamente inferior, si se compara con el número de judicaturas que atienden –por ejemplo– las materias Civil y Mercantil– (con sedes en más de 40 ciudades en toda

la república)³¹; una comparación que denota claramente la importancia que el órgano legislativo le otorgó a la niñez y adolescencia; pues los NNA apenas cuentan con 8 juzgados que procesan sus casos, frente a la amplísima cobertura del servicio de justicia en las materias Civil y Mercantil. Es decir que tiene mucha más cobertura el servicio de justicia para los asuntos civiles y mercantiles (con juzgados ubicados en todos los departamentos), que los casos de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes (diligenciados por sólo 6 juzgados distribuidos en las 3 principales ciudades del país).

2.9. Recomendaciones

- i- En función de las conclusiones i, ii, iii y vii , como medidas urgentes para controlar –y posiblemente disminuir– la sobrecarga laboral de los JENA, todas las entidades integrantes del SNPINA, deberían: (a) Coordinar acciones para lograr la completa integración de todos los organismos del sistema (como los comités locales), procurando que el funcionamiento vaya logrando niveles de eficiencia verificables (como podría ser el caso de las Juntas de Protección); (b) Insistir en la necesidad de incrementar la cantidad de JENA, para contar con mayores posibilidades de cobertura, atendiendo principalmente a la densidad poblacional de cada región.

- ii- Frente a las conclusiones iv y vi, se recomienda impulsar eventos de discusión técnica encaminados a la revisión acuciosa del estado actual de la legislación pertinente, así como incluir en los debates, la posibilidad de: (a) emitir nuevas leyes, enfocadas en procesos especializados de Niñez y Adolescencia; (b) trasladar competencias de la Jurisdicción de Familia a la de Niñez y Adolescencia, (c) escuchar y recibir propuestas de organismos públicos y privados, tales como el caso de la Asociación Salvadoreña de Derecho de Familia (ASADEFAM) y de profesionales que han estudiado la temática procesal de la Jurisdicción de Niñez y

31. Ver artículo 11 del Decreto Legislativo 372 emitido al final de mayo de 2010.

Adolescencia, como es el caso de personas que han formulado tesis acerca del funcionamiento de la LEPINA.

- iii- Ante la conclusión v, se vuelve recomendable que el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, con el apoyo y participación directa de todas las demás entidades integradas en el SNPINA, promuevan campañas de sensibilización permanente entre las y los profesionales que trabajan en todo el sistema, con la finalidad de transformar actitudes negativas, que impiden el funcionamiento adecuado de las instituciones o que inciden en la realización de procesos o procedimientos defectuosos que generan saturación de trabajo innecesariamente, como el caso de la excesiva judicialización de los casos desde las juntas de protección. También debe estimarse como necesario: documentar y vigilar el cumplimiento de procesos de trabajo y de control de calidad del servicio público, en las áreas directa o indirectamente involucradas en la protección integral de la niñez y la adolescencia. Procesos que permitan establecer responsabilidad individual, de manera que el sistema vaya reorganizando la planta de profesionales, personal técnico y de servicio, en función de los supremos intereses institucionales y sistémicos.

REFERENCIAS

- BARRERA CAMPOS, Paula Victoria; Fajardo Lima, Vilma Irasema y Villatoro Rubio, Gerardo Antonio (1994). El papel de las instituciones del Estado que brindan protección al menor ante el crecimiento de la delincuencia juvenil. Universidad de El Salvador, San Salvador, 1994. Sitio electrónico: www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf/.../f8dbe2825ca48074062574d60062340b?..
- BELOFF, Mary Ana (2004). Los derechos del niño en el sistema interamericano. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª reimpresión 2008.
- BUAIZ VALERA, Yuri Emilio (2012). Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia Comentada de El Salvador. Libro Primero. Consejo Nacional de la Judicatura, 1ª edición, San Salvador.
- CAMPOS NERIO, Verónica Carolina y HENRÍQUEZ URBANO, Loreine Yamileth (2012). Estudio del título IV del libro tercero relativo al proceso ge-

neral de protección establecido en la Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia. Universidad de El Salvador, tesis de grado, San Salvador.

- CÁRDENAS, Joaquín Ernesto. “Sucesos Migueleños”. Citado por Canales Pleitez, Carlos Alexander; Chicas Marín, José Alejandro y Claros Rivera, Alcides José, en la tesis Rediseño Arquitectónico del Hogar de Niños Dolores Souza de la Ciudad de San Miguel. Universidad de El Salvador, agosto 2012, San Miguel. Sitio electrónico: <http://168.243.33.153/infolib/tesis/50107760.pdf>
- CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA - Escuela de Capacitación Judicial y Save the Children. Instrumentos internacionales relativos a la trata de personas. Compilación. 1ª edición. Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2010.
- CONSEJO NACIONAL DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA (2014). Informe de Gestión 2011-2014, San Salvador.
- DÍAZ ZELAYA, Berta Rosario (2013). Diagnóstico e identificación de necesidades formativas específicas a nivel judicial y administrativo. Informe de consultoría para la Escuela de Capacitación Judicial del Consejo Nacional de la Judicatura, sin edición.
- HERRERA de RAMÍREZ, Agustina Yanira y otros. Convención sobre los Derechos del Niño y Protocolos Facultativos explicados. Fundación de Estudios para la Aplicación del Derecho /FESPAD ediciones. San Salvador, 2002.
- hogarsanvicentedepaul.wordpress.com/?quienes-somos/
- MONTERROSA AGUILAR, Liliana Marisol; ORELLANA PEÑA, Yanci Johanna y RIVERA RODRÍGUEZ, Ivith Alexandra (2012). Cómo la construcción del Sistema de Protección Integral de derechos de los niños(as) y adolescentes a partir de la Ley de protección integral de la niñez y adolescencia en el municipio de San Salvador. Universidad de El Salvador, tesis de grado, sin edición, San Salvador.
- MUÑOZ, Violeta; LAÍNEZ, Rosa América y GONZÁLEZ, Ronald (2004). Informe de cumplimiento de la convención de los derechos humanos de la niñez en El Salvador 1998 - 2004. Red para la Infancia y la Adolescencia, 1ª edición, San Salvador.
- sites.google.com/site/ciudadninosk , consultado el 18 de julio de 2014.

**SECCION SEGUNDA
ARTICULOS ACADEMICOS**

PRINCIPALES MODIFICACIONES AL DERECHO DE FAMILIA CON LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEPINA EN EL SALVADOR¹

Alex David Marroquín Martínez²

SUMARIO

1. Introducción. 2. La CSDN: La obligación adquirida por el Estado salvadoreño. 3. Los planteamientos del Comité de los Derechos del Niño a El Salvador. 4. La LEPINA y su proceso de aprobación: Obstáculos. 5. La LEPINA y los cambios que supone para el Derecho de Familia. 5.1. Concentración del régimen jurídico aplicable a NNA. 5.2. Redimensionamiento de instituciones sustantivas del Código de Familia: 5.2.1 Autoridad parental. 5.2.2. Alimentos. 5.2.3. Adopción. 5.2.4. Salidas del país. 6. Modificaciones en el plano procesal. 6.1. Capacidad procesal. 6.2. Legitimación. 6.3. Invalidez de actuaciones procesales. 6.4. Competencia territorial. 6.5. Desburocratización del acceso a la justicia. 7. A modo de conclusión.

1. Introducción

En este trabajo pretendemos hacer una breve revisión histórica del proceso de aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CSDN), y de las observaciones que ha hecho el Comité de los Derechos del Niño al Estado salvadoreño, como mecanismo de seguimiento del texto de la CSDN. Asimismo, revisar lo más destacable dentro del proceso de aprobación e implementación de la Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia (en adelante LEPINA).

Luego, la idea es plantear el análisis de cómo la LEPINA ha impactado el Derecho de Familia en nuestro país, generando reflexión sobre las novedades que se regulan en esta ley y que dan un significado distinto a las instituciones tradicionales que se regulan el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia (en adelante CF y LPF respectivamente).

-
1. Ponencia presentada en el I Congreso Centroamericano de Derecho de Familia, realizado en San José, Costa Rica, los días 5-8 de agosto 2014.
 2. Magistrado de la Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia de El Salvador, Capacitador a tiempo parcial de la Escuela de Capacitación Judicial, y profesor en materia de familia, en la Universidad Gerardo Barrios de San Miguel, El Salvador, en pre grado y posgrado de derecho.

Lo fundamental es visualizar un Derecho de Familia nuevo, remozado, en todo lo que tiene que ver con niñez y adolescencia, y en la necesidad de que la interpretación de las normas de naturaleza familiar se haga con enfoque de derechos.

2. La CSDN: La obligación adquirida por el Estado Salvadoreño

El Salvador suscribió la CSDN el 26 de enero de 1990, y la ratifica el 27 de abril de ese mismo año, tal como consta en el Diario Oficial número 108, tomo 307, publicado el 9 de mayo de 1990. La CSDN es el instrumento internacional que inaugura el nuevo modelo de tratamiento jurídico, social y familiar para la niñez y adolescencia en el mundo, y por lo tanto, debemos decir que el Estado salvadoreño asumió el compromiso de concretar en sus prácticas institucionales, sociales y familiares, ese nuevo modelo: La protección integral de la niñez y adolescencia.

Lo fundamental en ese nuevo paradigma es la consideración de los niños, niñas y adolescentes como personas, sujetos titulares de derechos. Se abandonaba, al menos formalmente, la idea de que estas personas eran incapaces, “menores”, que no tenían derechos, en estricto sentido, y que estaban supeditados en todo a la opinión y decisión que, sobre los mismos, se hacían los padres y las madres, o las personas con las que convivían.

Ser sujeto titular de derechos implica, entonces, no sólo el reconocimiento de que se tienen derechos, sino además que los mismos deben ser ejercidos por sus titulares, sin más límites que los establecidos en la Constitución y la ley. Esto conlleva la obligación de mirar, de manera distinta, a las personas de los niños, niñas y adolescentes: ya no como meros objetos de decisión y protección, sino como principales protagonistas en el proceso de su desarrollo.

Al suscribirse y ratificarse la CSDN, se incorporaba dicho instrumento internacional como parte de las leyes que conforman el sistema jurídico salvadoreño. Así lo establece el Art. 144 de la Constitución (en adelante CN), al indicar que *“Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la Re-*

pública al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. (Segundo inciso) La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.

Es decir, la CSDN, al ser ley de la república, en cuanto a su aplicación, se convierte en obligación para personas e instituciones, y en aquellos casos en que la solución de un determinado conflicto social en el que los niños, niñas y adolescentes se vieran involucrados, y, que además de la CSDN, hubiere otra ley aplicable, y la misma no esté en sintonía con dicho instrumento internacional, lo que manda el **principio de legalidad** es la opción preferencial de la CSDN.

Desde la óptica de dicha norma constitucional (Art. 144 CN), siendo una ley de la República, podemos concluir que corresponde a los tribunales, en el ejercicio de su función de administrar justicia, ejercer el denominado control de convencionalidad, esto es, la obligación de contrastar las normas del derecho interno respecto de las establecidas en un tratado o convención internacional debidamente suscrita y ratificada. Así lo ha dejado sentado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción hemos reconocido, en el caso Trabajadores cesados del Congreso vs Perú.³

Esta situación, incluso fue objeto de inquietud para el Comité de los Derechos del Niño, reflejada en las observaciones que le hace al Estado salvadoreño, con motivo del primer informe de nuestro país, al solicitar aclaración respecto de la situación de la CSDN en el sistema jurídico salvadoreño, y de la posibilidad de invocarse su texto en los tribunales⁴.

-
3. “128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”
 4. OBSERVACIONES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. El Comité examinó el informe inicial de El Salvador (CRC/C/3/Add.9) en sus sesiones 85ª, 86ª y 87ª (CRC/C/SR.85, 86 y 87), celebradas los días 27 y 28 de septiembre de 1993.

No obstante ello, diremos que la CSDN no siempre ha formado parte determinante en la solución de los casos de familia en los que han sido protagonistas niños, niñas y adolescentes. Los procesos de alimentos, de custodia, de regímenes de comunicación y trato, entre otros, siempre han representado una discusión adultocéntrica, en la que la participación de estas personas ha sido muy residual, casi que exclusivamente centrada en una modalidad de “*entrevista*” previo al desarrollo de las audiencias preliminar o de sentencia, y desprovista de un verdadero sentido de opinión y participación.

La idea de opinión, de participación en la toma de decisiones de todos aquellos aspectos que afectan a los niños, niñas y adolescentes, de tomar en consideración esa opinión, de facilitar ambientes no hostiles en los estrados judiciales o administrativos, en suma, de visualizarlos como los principales protagonistas en esos procesos, como los titulares de los derechos discutidos, es una situación que no ha correspondido con la realidad, tanto en sede judicial como administrativa.

Tampoco la organización o estructura institucional de nuestro país fue pensada en torno a la instauración del modelo de la protección integral, una vez fue suscrita y ratificada la CSDN: Una idea de sistema de protección muy débil, sin funciones o competencias específicas, de coordinación, de centralización de acciones conjuntas interinstitucionales que propiciaran la puesta en práctica del modelo.

3. Los planteamientos del Comité de los Derechos del Niño a El Salvador.

De acuerdo con los Arts. 43 y 44 de la CSDN, el Comité de los Derechos del Niño es el mecanismo de seguimiento de la misma, y por lo tanto es el ente que recepta los informes sobre la situación de la niñez y adolescencia en los Estados parte.

El Salvador ha emitido cuatro informes, desde que suscribió y ratificó la CSDN. A partir de dichos informes, el Comité ha señalado una serie de dificultades u obstáculos existentes en el país para adecuarnos plenamente al texto de la CSDN.

Siempre, el Comité ha establecido la necesidad de continuar trabajando en una reforma legislativa integral que adecue de manera plena el sistema jurídico salvadoreño a los requerimientos de la CSDN.

En concreto, en lo que se refiere al Derecho de Familia, el Comité ha observado dificultades por la existencia legal del castigo corporal, del matrimonio precoz, de la institucionalización excesiva de niños, niñas y adolescentes, del respeto de la opinión y la participación de estas personas en la familia, de la adopción internacional como primera regla, y de los problemas vinculados al derecho a la identidad, en su faceta estática.

En lo que tiene que ver con el castigo corporal el Comité ha insistido en la necesidad de armonizar la legislación. Es lo que ha señalado en el tercero y cuarto informe con observaciones a nuestro país. La inquietud del ente internacional tiene sentido, por cuanto si bien, la LEPINA prohíbe expresamente el castigo corporal, en la misma norma que concreta esa obligación incluye una parte que tolera, como viable, la corrección moderada y adecuada por parte de padres y madres respecto de sus hijos e hijas menores de edad⁵.

Esto ya ha sido objeto de análisis por parte del Comité en su observación general número 8, del año 2006, en donde aboga para que los Estados partes eliminen todas aquellas disposiciones jurídicas explícitas que proporcionan una justificación a padres y madres para ejercer algún tipo de violencia contra los niños, niñas y adolescentes.

También el Comité ha observado a nuestro país la legalidad que le da al matrimonio precoz. En efecto, los Arts. 14, inciso final, 18, 19 y 20 del CF, instituyen la posibilidad del matrimonio adolescente, lo cual ha generado que el Comité promueva su modificación, dadas las diferentes circunstancias que se pueden constituir en generadoras de vulneración a los derechos de las personas adolescentes de favorecerse ese tipo de matrimonios.

5. “Art. 38, inciso final LEPINA: Las niñas, niños y adolescentes deben ser tratados con respeto a su persona e individualidad y no pueden ser sometidos a castigos corporales, psicológicos o a cualquier otro trato ofensivo que atente contra su dignidad, sin perjuicio del derecho de la madre y padre de dirigirlos, orientarlos y corregirlos moderada y adecuadamente”.

La idea es disminuir, significativamente, los riesgos que se pueden generar para los adolescentes en los ámbitos físico, biológico (prenatal, perinatal, posnatal), psicosocial y familiar, y que pueden incidir en el normal desarrollo de su personalidad.

Otra de las situaciones que se han tratado en el Derecho de Familia tradicional, es lo referente a la institucionalización de niños, niñas y adolescentes en situación de marginalidad, de pobreza, de abandono o de conflictividad socio jurídica. El Comité ha mostrado preocupación por la alta tasa de institucionalización de estas personas en el país.

Tradicionalmente los llamados “procesos de protección al menor”, basados en los Arts. 350 y 351 del CF (hoy derogados) terminaban normalmente en una institución, sin ningún tipo de seguimiento ni esfuerzo por buscar una alternativa familiar distinta para estas personas. La observación del Comité gira en torno a la idea de garantizar a los niños, niñas y adolescentes que se desarrollen al amparo de una familia, que sus padres, madres o personas encargadas se responsabilicen de ellos, y que, sólo en los casos en que sea necesario debe recurrirse a la institucionalización, como medida temporal.

En el tema de la adopción, producto de los informes recibidos, el Comité se ha percatado del número de adopciones internacionales y las ha contrastado con las adopciones nacionales. Por eso recomienda que se dé vigencia al principio de subsidiariedad de la adopción, dando pre-eminencia a todas las posibilidades de acogimiento familiar que existan en nuestro país, para luego valorar la adopción nacional, y sólo, en defecto de estas posibilidades, la posibilidad de aplicar la modalidad de adopción internacional.

Finalmente el Comité ha insistido a nuestro país en el tema de la opinión y participación de los niños, niñas y adolescentes en todos aquellos asuntos que les afecten, y que tiene que concretarse, particularmente, en los ámbitos administrativo y judicial.

El tema es importante para el Comité, tomando en cuenta que lo ha generado a partir de los informes segundo, tercero y cuarto. Particularmente, en el ámbito del Derecho Procesal de Familia, debemos decir que la opinión y

la participación de los niños, niñas y adolescentes no ha sido favorecida en los términos de la CSDN, y más bien los mecanismos utilizados han sido muy deficientes, reduciendo, como decíamos al principio, a una “entrevista” concreta antes de las audiencia preliminar o de sentencia.

Por ello es que, incluso, el Comité diseñó una observación general para todos los Estados partes, analizando el Art. 12 de la CSDN, referida precisamente a garantizar el derecho de opinión de los niños, niñas y adolescentes, y qué aspectos debería tomar en cuenta un Estado en los mecanismos que se implemente para hacer viable este derecho. La observación es la número doce, de julio de 2009.

4. La LEPINA y su proceso de aprobación: Obstáculos

A pesar de que El Salvador ha suscrito y ratificado la CSDN, lo cierto es que ha evidenciado muchos problemas para cumplir con la obligación adquirida de implementar el modelo de la protección integral para la niñez y adolescencia.

El proceso de cambios en torno a la idea de adecuarnos al contenido de la CSDN ha sido muy lento, y más bien habría que decir que en diecinueve años no había existido un esfuerzo importante que revelara ese propósito.

La falta de un sistema institucional articulado, coordinado, con un ente rector que realizará dichas funciones, con presupuesto adecuado, con claridad en la asignación de competencias, en general, la falta de un régimen jurídico claro aplicable a la niñez y adolescencia de nuestro país, fue el signo que caracterizó a nuestro sistema jurídico institucional, por diecinueve años, posteriores al acto de conversión de la CSDN en ley de la república.

Es hasta en abril del año 2009 que se decretó la Ley de Protección Integral para la Niñez y Adolescencia, conocida popularmente como LEPINA, de acuerdo al Decreto Legislativo número 839, publicado en el Diario Oficial número 68, Tomo 383 del 16 de abril de 2009. De acuerdo con dicho decreto, se le dio a esta ley un período para entrar en vigencia de un año, a partir de esa fecha.

Sin embargo, un día antes de que entrará en vigencia, el 15 de abril de 2010, se promulgó otro decreto legislativo, el 320, en el que se decía que se modificaba el plazo para la entrada en vigencia del libro II, títulos I, II, III, V, VI, y VII, y los Arts. 248 a 257, 258, letra d) y 259 del libro III, título VII de la LEPINA, y que se le daba un plazo de un año más para entrar plenamente en vigencia.

Lo consignado en dichas normas es todo lo referente al sistema nacional de protección integral para la niñez y adolescencia. Dicho de otro modo, el mecanismo institucional que garantizaba el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos a los niños, niñas y adolescentes en el libro primero de la LEPINA.

Es decir, ocurrió en El Salvador, que a los niños, niñas y adolescentes, que según el último censo de población, constituyen el 44 % o 45% de la población salvadoreña, se les dijo algo así como “tienen derechos reconocidos en la ley pero no tenemos forma de poderse los garantizar”. Todo el catálogo de derechos diseñado en la LEPINA no podía hacerse efectivo por la ausencia de todo un sistema ideado precisamente para garantizar su cumplimiento.

Una vez entró “plenamente”⁶ en vigencia la LEPINA, el uno de enero de 2011, los problemas siguieron en cuanto al funcionamiento del sistema diseñado en la LEPINA para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Una de las instituciones nuevas, y determinante, no se había creado: Las juntas departamentales de protección que dentro de sus competencias tienen la facultad de conocer de vulneraciones individuales a derechos de este sector de población⁷.

En el ámbito jurisdiccional, la problemática se centra en una mínima y mal distribuida estructura judicial, así como en la poca claridad en las

6. Aun hoy, a casi cuatro años de vigencia de la LEPINA el sistema está incompleto, pues no se han creado los Comités Locales de Protección para la Niñez y Adolescencia, y no cuenta con la asignación presupuestaria necesaria para garantizar su óptimo desempeño.

7. Se dispuso por Decreto Legislativo 381, número cinco, tomo 390 de fecha 7 de enero 2011, que el ISNA asumiría temporalmente las funciones de las juntas de protección.

competencias, en razón de la materia, dispuesta tanto para la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia como para la de Familia.

5. La LEPINA y los cambios que supone para el Derecho de Familia.

La aprobación de la LEPINA ha supuesto cambios importantes en el Derecho de Familia salvadoreño. Ello nace de la vinculación estrecha que se hace desde dicha ley con las instituciones del Derecho de Familia reguladas en el Código de Familia y la Ley Procesal de Familia.

En efecto, el Art. 214, inciso primero, LEPINA establece que “La presente normativa corresponde a la materia de familia”. Dicha afirmación implica, entonces, que el Derecho de Familia en todo lo que concierne a niños, niñas y adolescentes debe mirar al régimen jurídico especial dispuesto para estas personas en la LEPINA.

Todos los procesos de alimentos, guarda o custodia, comunicación y trato, adopción, pérdida y suspensión de autoridad parental, diligencias de utilidad y necesidad, rectificaciones de partidas de nacimiento, estado familiar subsidiario, entre otros, deben respetar dicho régimen jurídico, implementando sus disposiciones, particularmente en cuanto a opinión, participación, acceso a la justicia, interés superior y prioridad absoluta.

La experiencia jurisdiccional en el Derecho de Familia, cercana ya a los veinte años, no siempre ha tenido como eje fundamental la visualización de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos. Más bien, en los procesos mencionados supra, la discusión ha tenido como protagonistas a las personas adultas, como madres, padres o responsables.

Los aspectos señalados por el Comité de los Derechos del Niño, en su observación general número doce, respecto de qué aspectos deben tomarse en cuenta para cumplir con lo planteado en la CSDN en su Art. 12, han sido en realidad bastante ausentes en la práctica judicial.

A ello ha coadyuvado una deficiencia original de la normativa familiar. Es que si bien es cierto tanto el CF como la LPF significaron un avance im-

portante en la regulación de las relaciones familiares, en realidad el avance fue determinante en el tema mujer y el rol que desempeña en la relación familiar. Se resaltó a la mujer, en su condición de persona, y se establecieron mecanismos concretos de igualdad respecto de los hombres en cuanto al cuidado de los hijos e hijas, de las tareas del hogar, y de las obligaciones y responsabilidades que generan la vida de pareja.

Sin embargo, hay que decir, que en los tema niñez y adolescencia, personas adultas mayores, y personas con discapacidad, la normativa familiar no avanzó mucho, y más bien quedó anclada aún en el modelo tutelar. A los niños, niñas y adolescentes, aunque no lo diga expresamente el CF, se les sigue considerando incapaces, se sigue sosteniendo normas referidas a la corrección moderada y adecuada, se sigue hablando de declaratoria de incapacidad, entre otros.

Entonces, en el tema niñez y adolescencia, la aprobación de la LEPINA vino a concretar, de manera mucho más adecuada y visible, la idea neurálgica del modelo de la protección integral: El niño, la niña y las personas adolescentes como sujetos plenos de derechos.

A continuación señalo algunas de las modificaciones derivadas de la vigencia de la LEPINA.

5.1. Concentración del régimen jurídico aplicable a NNA

Tanto el CF como la LPF no se constituían, en realidad, como la consolidación de un régimen jurídico aplicable a niñez y adolescencia. Más bien se diseñaba todo un conjunto de normas con marcado signo tutelar, en el que se invisibilizaba a los niños, niñas y adolescentes, perfilándoseles, fundamentalmente como objeto de protección, sin participación, sin opinión.

El libro quinto del CF, a partir del Art. 344 hasta el Art. 388 contenía un régimen en el que los aspectos principales giraban en torno a derechos y deberes de los “menores”, y las obligaciones del Estado, la familia y la sociedad. Desde el uso de la terminología, la orientación y protección dirigida especialmente a un grupo de estos “menores”, la regulación en clave adultista, hasta la falta de un sistema articulado, con funciones y compe-

tencias claras, que favoreciera el ejercicio efectivo de derechos, esos eran los aspectos que resaltaban en los referidos artículos.

Lo legislado en el libro quinto del CF, por definición, se oponía a lo establecido en la CSDN, sobre todo porque lo ausente en esa regulación era la condición de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derechos, titulares de derechos, que debían tener protagonismo en la discusión de todos aquellos asuntos que les afectaban.

Sin embargo, la poca práctica visualizada en el ámbito decisorio jurisdiccional y administrativo del control de convencionalidad, esto es, de la contrastación de las normas de la CSDN con las normas internas, particularmente el CF, favoreció su aplicabilidad al muy estilo tutelar: Se potenció la institucionalización para los niños, niñas y adolescentes en conflictividad social, con problemas de marginalidad, abandono y pobreza, y al considerarse a estas personas como incapaces, se anuló su participación y la posibilidad de que externaran su opinión en condiciones adecuadas y que la misma fuera valorada.

La aprobación de la LEPINA significó un avance muy importante. De entrada todas las normas referidas antes (Arts. 344 al 388 CF) fueron derogadas, con lo cual quedaba claro que se instituía un nuevo régimen jurídico aplicable para todos los niños, niñas y adolescentes, sin distinción. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, régimen, en su primera acepción, significa “Conjunto de normas que gobiernan o rigen una cosa o una actividad”. Eso es la LEPINA, el conjunto de normas que tratan el tema de la niñez y adolescencia en todas sus manifestaciones. Este nuevo régimen jurídico es aplicable a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el país, sin distinción alguna, tal como lo indica el Art. 6 LEPINA. Es también muy importante determinar que las obligaciones y responsabilidades señaladas en la ley deben cumplirlas todas las personas e instituciones, independientemente del rol que desempeñen, tal como lo señala el Art. 7 LEPINA.

Estas dos normas, citadas antes, evidencian que lo regulado en la LEPINA aplica para cualquier ámbito en el que un niño, una niña o una persona adolescente se encuentre involucrada o desarrolle sus capacidades. Por

tanto, se elimina cualquier posibilidad de pretender justificar que la LEPI-NA no es aplicable a otros ámbitos normativos, y que sólo se reduce a los procesos diseñados en el texto de la misma.

El régimen instituido por la LEPINA se estructura en base a cuatro aspectos fundamentales, distribuidos en tres libros: 1. Los principios, que sirven de base o fundamento al nuevo modelo de la protección integral. 2. El catálogo de derechos, diseñado en consonancia con el proceso evolutivo y de desarrollo, de los niños, niñas y adolescentes. 3. El sistema Nacional de Protección integral; y, 4. Los procesos administrativos y judiciales aplicables a los escenarios de vulneración de derechos.

Sobre los principios es preciso destacar dos: Rol primario y fundamental de la familia e interés superior.

Por el primero, establecido en el Art. 9 LEPINA se refuerza la idea de un concepto de familia distinto al que nos ofrecía el CF. Este, en su Art. 2 dice que familia es el grupo social permanente constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial y el parentesco. Con la LEPINA, en una visión integral de su texto, se sostiene que la familia en realidad tiene que ver con un concepto mucho más amplio y diversificado.

Al incorporarse la figura de la familia sustituta y del responsable, la concepción de la familia se diversifica, no porque se agote en esas dos figuras novedosas, sino porque abandona la clásica consideración de la familia tradicional asentada en el matrimonio o en la unión no matrimonial. Cuando la LEPINA se refiere a familias sustitutas o a la colocación familiar, o a la persona responsable, los deja nominados sólo como familia, sin determinar su estructura organizativa.

Esto encaja muy bien con la parte final del Art. 32 de la Constitución de nuestro país, en el que se dice que la falta de matrimonio no afectará el goce de los derechos establecidos en favor de la familia, y por lo tanto, al menos formalmente, en El Salvador admitimos un concepto de familia amplio, pluralista, diversificado. Es en dicho entorno, con independencia de su estructura organizativa, que los niños, niñas y adolescentes deben desarrollarse.

El otro principio que es importante destacar es el de interés superior. Este principio tradicionalmente ha sido criticado por su indeterminación, muy dejado a la discrecionalidad de los aplicadores de la ley, sin un contenido concreto. La virtud de la LEPINA radica en el hecho, precisamente, que delimita con claridad los aspectos a tomar en cuenta para que, en casos concretos, podamos hablar de interés superior.

En efecto, el Art. 12 LEPINA, en su parte final, dice que para la consideración del interés superior en casos concretos, deben tomarse en cuenta en forma concurrente los siguientes aspectos: a) La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos; b) La opinión de la niña, niño o adolescente; c) Su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo; d) El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño o adolescente; e) El parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal, según sea el caso; y, f) La decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible.

Es necesario destacar que la LEPINA organiza el catálogo de derechos no en base al criterio tradicional de las generaciones de derechos, sino más bien bajo la idea que todos los derechos tienen la misma importancia en todas las etapas del proceso evolutivo. Siguiendo esa lógica evolutiva habla de derechos relativos a la vida y supervivencia, de los derechos de protección, de los derechos al desarrollo y de los derechos de participación.

Queda claro, en este nuevo esquema, que lo primordial es la consideración del niño, niña o adolescente como sujeto pleno de derechos, titular de derechos, que debe dársele participación y propiciarse la concreción de su opinión en todo aquello que le afecte, que debe buscarse en todo caso su interés superior, y que todo lo concerniente a estas personas debe considerarse prioridad absoluta. Asimismo, que siendo ellos los titulares de los derechos, son los que tienen que ejercerlos en consonancia con el progresivo desarrollo de sus facultades.

Ahora bien, siendo así las cosas, es importante decir que se necesita trabajar en la adecuación completa del sistema normativo salvadore-

ño. Ámbitos como el Derecho Civil, Mercantil, Penal o Administrativo, entre otros, deben adecuar sus normas a lo que exige el nuevo régimen y abandonar la idea de que estas personas son incapaces y que siempre su voluntad debe sustituirse por la de sus padres, madres o representantes.

Mientras esa adecuación normativa no se concrete, por medio del respectivo proceso de reforma, lo pertinente es decir que tanto los funcionarios e instituciones públicas y privadas deben aplicar preferentemente las disposiciones de la LEPINA en todos aquellos asuntos en que tengan que tomar decisiones sobre niños, niñas y adolescentes, dando cumplimiento a la preferencia o jerarquía normativa indicada en el Art. 144 de la CN.

5.2. Redimensionamiento de instituciones sustantivas del Código de Familia:

Decíamos antes que el Art. 214 LEPINA nos indica que este nuevo régimen jurídico para los niños, niñas y adolescentes, es parte del Derecho de Familia. Esto implica, entonces, que los contenidos del Derecho de Familia en todo lo que afecta a estas personas deben tomar en cuenta las nuevas regulaciones.

A continuación explicamos cómo ello revela modificaciones importantes en las instituciones del Derecho de Familia vinculadas a la niñez y adolescencia:

5.2.1 Autoridad parental

El Art. 206, inciso primero, del CF establece lo siguiente: “La autoridad parental es el conjunto de facultades y deberes, que la ley otorga e impone al padre y a la madre sobre sus hijos menores de edad o declarados incapaces, para que los protejan, eduquen, asistan y preparen para la vida, y además, para que los representen y administren sus bienes”.

Antes de la LEPINA, en el imaginario socio-familiar, se entendía como un derecho del padre y de la madre sobre sus hijos e hijas, que les facultaba para tomar las decisiones que a ellos les parecieran adecuadas.

Eso era así por cuanto en ese Art. 206 CF se analizaba juntamente con lo estipulado en los Arts. 1316, 1317 y 1318 del Código Civil, que nos hablan de personas incapaces, y dentro de las cuáles se incluyen a los niños, niñas y adolescentes.

Con esa relación normativa costaba imaginar que la autoridad parental era más bien una función y no un derecho, tomando en cuenta el nuevo perfil de estas personas en el modelo de la protección integral.

No obstante la existencia de las normas descritas, lo cierto es que, desde el año noventa la CSDN era también ley de la república, y en el tema objeto de nuestro análisis posicionaba a la autoridad parental como una función. Basta la lectura de los Arts. 5 y 18 de la CSDN para darnos cuenta de que, por un lado, la terminología más adecuada es responsabilidad parental, por otro lado, que esa responsabilidad es una función que tiene como presupuestos esenciales la dirección y orientación apropiadas.

Con la aprobación de la CSDN y la LEPINA, la lectura del Art. 206 CF cobra un sentido distinto, pues se refuerza la idea que el padre y la madre tiene una función que cumplir, y que ese contenido normativo debe concretarse en clave de dirección y orientación.

Esto elimina, significativamente, la posibilidad del autoritarismo en el ejercicio de la función parental, pues esa función no se visualizará más como prerrogativas del padre y de la madre, para satisfacer sus intereses propios, sino que tendrá como eje central la figura del niño, niña o adolescente, como titular de derechos, y que por lo tanto el contenido de la función parental se ejercerá bajo el mecanismo de la orientación y dirección apropiadas.

Además de las normas de la CSDN reseñadas, es importante destacar la existencia de tres normas novedosas en la LEPINA, que refuerzan la idea que estamos desarrollando, y que regulan lo referido a la idea de sujetos titulares de derechos: El principio rector del ejercicio progresivo de las fa-

cultades o capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, y el principio de interés superior. Nos referimos a los Arts. 5, 10 y 12 LEPINA⁸.

Con dichas normas se concluye que la responsabilidad parental no es una institución creada para beneficio parental, paterno y materno, sino, fundamentalmente es una institución creada para el beneficio de los niños, niñas y adolescentes. Lo central es favorecer el desarrollo de estas personas, permitirles la expresión de sus ideas, darles participación, pues de lo que se trata es de que, bajo el mecanismo de la dirección y orientación apropiada, se vaya preparando a estas personas para el ejercicio adecuado de sus derechos en cada etapa de su desarrollo.

Esa nueva lectura del Art. 206 CF a partir de su vinculación con los Arts. 5, 18 CSDN, y 5, 10 y 12 LEPINA, elimina la posibilidad de hablar de corrección moderada y adecuada al estilo que señala el Art. 215 CF. En primer lugar, porque dicho artículo está pensado en clave autoritaria, como poder del padre y de la madre, que les permite corregir lo que no

8. Artículo 5.- Sujetos de derechos

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

Los derechos, garantías y obligaciones reconocidos en la presente Ley son aplicables a toda persona desde el instante de la concepción hasta que cumpla los dieciocho años de edad, y serán ejercidos directamente por las niñas, niños y adolescentes, tomando en consideración el desarrollo evolutivo de sus facultades, la dirección y orientación apropiada de su madre y padre y las limitaciones establecidas en la presente Ley.

Artículo 10.- Principio de ejercicio progresivo de las facultades

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

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

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

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

se ajusta a sus propios intereses, y, en segundo lugar, porque, tal como lo ha señalado el Comité de los Derechos del Niño, es una norma que contradice la CSDN.

Ahora las disposiciones del CF referentes a la responsabilidad parental deben vincularse a la CSDN y a la LEPINA, para encontrar su verdadero sentido: Función impuesta al padre y madre para que procuren el desarrollo integral de sus hijos e hijas, mediante la orientación y dirección adecuadas.

Es decir, el padre y la madre no disponen de autorización para hacer cualquier cosa, lo que ellos consideren adecuado respecto de sus hijos e hijas, sino que, sobre todo, deben hacer lo necesario para garantizar que sus hijos e hijas ejerzan adecuadamente los derechos de los cuales son titulares.

Decimos que esto constituye un cambio importante, por cuanto el Art. 206 CF, desprovisto de las regulaciones de la CSDN y la LEPINA, deja a los

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

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

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

- a) La condición de sujeto de derechos y la no afectación del contenido esencial de los mismos;
- b) La opinión de la niña, niño o adolescente;
- c) Su condición como persona en las diferentes etapas de su desarrollo evolutivo;
- d) El bienestar espiritual, físico, psicológico, moral, material y social de la niña, niño o adolescente;
- e) El parecer del padre y madre o de quienes ejerzan la representación legal, según sea el caso; y,
- f) La decisión que se tome deberá ser aquella que más derechos garantice o respete por mayor tiempo, y la que menos derechos restringe por el menor tiempo posible.

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

niños, niñas y adolescentes en el ámbito de la incapacidad, visualizados como objetos de protección. Además, se fortalece esta idea cuando verificamos la poca práctica del control de convencionalidad que se ejerce en la Jurisdicción de Familia, con lo cual el texto de la CSDN no parece tener asegurada su aplicación.

5.2.2. Alimentos

En el Derecho de Familia se ha entendido que el concepto de alimentos es muy amplio y que no sólo se reduce al sustento, ni a una cuota o aporte en dinero que satisfaga dicha necesidad. Sin embargo, podemos constatar cómo nuestra práctica jurisdiccional y administrativa evidencia un reduccionismo del concepto alimentos a la discusión de una cuota alimenticia, de un monto en dinero.

En el Art. 247 del CF establece que “Son alimentos las prestaciones que permiten satisfacer las necesidades de sustento, habitación, vestido, conservación de la salud y educación del alimentario”. Desde el concepto normativo advertimos que el concepto es en realidad amplio, pero la experiencia judicial y el ámbito administrativo no parecen concretar sus alcances.

Realmente, en la mayoría de los casos, la discusión gira en torno a la fijación de una cuota en dinero, denominada “cuota alimenticia”, que normalmente el padre o la madre no conviviente en la obligación de aportar en favor de sus hijos e hijas menores de edad.

La LEPINA generó un cambio importante al respecto. En el Art. 20^º de dicha ley establece que los niños, niñas y adolescentes tienen en realidad

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

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

Este derecho comprende:

- a) Alimentación nutritiva y balanceada bajo los requerimientos y normativas que las autoridades de salud establezcan;

un derecho a un nivel de vida digno y adecuado. Ese nivel de vida, incluye el sustento o la posibilidad de una cuota en dinero para satisfacer esa necesidad específica, pero implica además otros elementos.

Si observamos, tanto la salud como la educación no forman parte de ese derecho a tener una vida digna y adecuada, pero son desarrollados con mucha más amplitud, como derechos distintos, en los Arts. 21 al 36 y 81 al 91 LEPINA.

La lógica es que en el ejercicio de la responsabilidad parental, tanto el padre como la madre, de manera conjunta, deben garantizar todos los derechos establecidos en favor de sus hijos e hijas menores de edad. Sin embargo, esta idea parece diluirse en los casos de separación o divorcio, pues tal pareciera que en esos supuestos el ejercicio de la responsabilidad parental se vuelve unilateral y hay necesidad, entonces, de vincular al padre o madre no conviviente.

Los procesos de alimentos en esa lógica vacían de contenido todo el catálogo de derechos dispuesto para los niños, niñas y adolescentes, pues la idea sería que el padre o la madre no conviviente sólo tiene la obligación de garantizar los derechos vinculados al concepto alimentos. Técnicamente hablando, lo correcto debería ser que en sede jurisdiccional se desarrollaran procesos relativos a desacuerdos en el ejercicio de la responsabilidad parental, pues tanto las funciones de cuidado, de protección, de asistencia, de procurar el desarrollo de los hijos e hijas menores de edad es una función conjunta que deben desarrollar padres y madres.

No obstante ello, en nuestro país los desacuerdos en el ejercicio de la autoridad parental no parecen incluir lo relativo a los alimentos o al derecho

-
- b) Vivienda digna, segura e higiénica, con servicios públicos esenciales como agua potable, alcantarillado y energía eléctrica;
 - c) Vestuario adecuado al clima, limpio y suficiente para sus actividades cotidianas; y,
 - d) Recreación y sano esparcimiento.

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

a un nivel de vida digno y adecuado. Esto se desprende de la lectura del Art. 209¹⁰ CF.

De dicha norma podemos colegir que los desacuerdos en el ejercicio de la responsabilidad parental sólo podrían darse en el marco de la convivencia o matrimonio, más no en la separación o divorcio, pues en esos casos los procesos serían distintos (alimentos, suspensión o pérdida de la autoridad parental, entre otros).

Sin embargo, a fin de armonizar lo dispuesto en el CF y la LEPINA diríamos que los procesos no deberían nominarse como de “alimentos”, sino más bien procesos referidos al derecho a un nivel de vida digna y adecuada, salud y educación. Esta designación terminológica sería mucho más adecuada, y revelaría el alcance correcto de los derechos involucrados.

5.2.3. Adopción

En el CF se establece la figura de la adopción, a partir del Art. 165. En este artículo se afirma la idea que la adopción tiene por finalidad dotar al niño, niña o adolescente de una familia, a fin de garantizar su interés superior. Luego en el Art. 168 se indica que la adopción deberá ser autorizada, previamente, por la Procuraduría General de la República y por el Instituto Salvadoreño de Protección al Menor. Dicha idea, aparece además, en el Art. 192 LPF.

Podemos apreciar que en el CF no hay ninguna alusión a la idea de que la adopción es subsidiaria, y que debe agotarse todas las posibilidades de colocación familiar en el país de origen, antes de pensar en la adopción, tal como se desprende de los Arts. 21 de la CSDN y 4 de la Convención de la Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional.

10. Art. 209.- Si surgieren desacuerdos en el ejercicio de la autoridad parental, cualquiera de los padres podrá acudir al juez, quien procurará averirles, y si esto no fuere posible resolverá sin formación de juicio lo que más convenga al interés del hijo.

Si los desacuerdos fueren reiterados o existiere causa de gravedad que entorpeciere el ejercicio de la autoridad parental, podrá el juez atribuirle total o parcialmente a uno de los padres. Esta medida tendrá vigencia durante el período que fije el juez, el cual no podrá exceder de dos años.

Ambos instrumentos internacionales son leyes de la república, y en aplicación del control de convencionalidad, debería dársele preferencia a la hora de decidir un caso de adopción, analizando, exhaustivamente, si se han agotado las posibilidades de colocación familiar.

La LEPINA, en sus Arts. 120, 124, 125 y 126 insta la medida de protección denominada acogimiento familiar, que tiene dos variantes: La colocación familiar y la familia sustituta. La primera está referida a la idea de que el niño, niña o adolescente pueda estar con personas con las que comparte con vínculos de parentesco, y la segunda, a personas con quienes no existe vínculos de parentesco.

Lo anterior sintoniza con lo que planteado en el Art. 80 LEPINA, esto es, el derecho que tiene el niño, niña o adolescente de ser criado en el seno de una familia, con independencia de la estructura organizativa que esta tenga.

La modificación que se visualiza estriba en reforzar la idea que la normativa de la adopción debe necesariamente vincularse con el contenido de la CSDN y la Convención de la Haya sobre la protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de acuerdo a los Arts. 21 y 4, respectivamente, así como con el contenido de la LEPINA. Esta última, apuesta por que se brinde al niño, niña o adolescente la posibilidad de ser colocado en una familia, sea que haya o no vínculos de parentesco. En relación a la niñez y adolescencia, en situación de institucionalización, el Art. 248 LEPINA refuerza también esta idea.

Entonces, diríamos que con la LEPINA, la CSDN y la Convención de la Haya sobre la protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, se ha concretado una armonización normativa en el tema adopción, respecto de los presupuestos que la hacen posible. Otra modificación importante que, si bien no está en el texto de la LEPINA, pero vía interpretación integral, sistémica, se ha generado, es lo relativo al contenido del Art. 168 CF, en cuanto a la autorización previa, de carácter administrativo, para que se dé la adopción.

Resulta que, de acuerdo al Art. 258, letras d) y e) LEPINA se derogó expresamente la Ley del ISNA (denominado en el Art. 168 CF como Instituto

Salvadoreño de Protección al Menor) y cualquier otra disposición que se oponga a la naturaleza de este nuevo cuerpo normativo (LEPINA).

Con ello tanto el ISNA como la Procuraduría General de la República dejan de tener competencia para decidir autorizar una adopción de todos aquellos niños, niñas y adolescentes en situación de institucionalización. La idea del Art. 248 LEPINA es que todas las personas que ya están en esa condición con la entrada en vigencia de la LEPINA deberán ser objeto de revisión de su situación jurídica, para buscar la alternativa familiar más viable. Eso por regla general¹¹, lo decide el juez o jueza especializado en niñez y adolescencia.

La lógica de esta conclusión radica en el hecho de que si la situación jurídica de un niño, niña y adolescente ya está en conocimiento de un juez o jueza de niñez y adolescencia, los entes administrativos (Procuraduría General de la República e ISNA) ya no tiene posibilidad de decidir una situación distinta a las que tiene en el ámbito de su competencia la jurisdicción especializada.

A nivel jurisdiccional, la Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia, con sede en San Salvador, así lo ha sostenido. En la sentencia con referencia 5/A/SS1/13-2, de las once horas con treinta minutos del día veintiuno de marzo de dos mil trece¹², se estableció que ni la

11. Se dice por regla general, por cuanto los jueces y juezas de familia que tienen bajo su conocimiento expediente referido a niños, niñas y adolescentes en situación de institucionalización, por ellos decretado tiene la obligación, también, de resolver su situación jurídica dando cumplimiento a lo establecido en los Arts. 120, 124, 125, y 126 LEPINA.

12. “(...) Aun cuando en El Salvador, el ISNA y la Procuraduría General de la República, se constituyen en la Autoridad Central en materia de adopción, sus actuaciones se deben regir dentro del marco de legalidad que establecen la Constitución de la República, los tratados internacionales y la ley secundaria. Asimismo, tienen límites que deben ser respetados frente a la ponderación de derechos y a la aplicación del principio del interés superior de la niña, niño y adolescente.

Respecto de la Procuraduría General de la República, precisamente, uno de los límites legales que debe considerarse es la naturaleza de sus procedimientos, tal como lo señala el artículo 101 de su Ley Orgánica, el cual determina que: “Los procedimientos en la Procuraduría son de carácter administrativo y las resoluciones por las que se resuelve los conflictos ante ella planteados son legalmente vinculantes, mientras no exista resolución judicial sobre el mismo litigio”.

procuraduría ni el ISNA podían seguir declarando adoptabilidades de todos aquellos niños, niñas y adolescentes, cuya situación jurídica estaba ya siendo conocida en la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia, atendiendo a las nuevas funciones y competencias del ISNA, a las regulaciones sobre acogimiento familiar, y a las directrices institucionales de la Procuraduría.

Lo anterior ha generado mucho debate en El Salvador, al punto tal que se ha trabajado en una posible reforma que establezca los casos en que la Procuraduría y el ISNA seguirían ejerciendo esa facultad, ya que, particularmente el ISNA ha mostrado mucha renuencia a aceptar el criterio jurisdiccional y más bien ha indicado la mencionada institución que seguirán ejerciendo esa función a pesar de lo manifestado por la Cámara.

5.2.4. Salidas del país

Otra de las modificaciones que ha sido muy discutida, en el plano de la competencia en razón de la materia, es lo referido a las salidas definitivas del país. En efecto, el inciso final del Art. 44 LEPINA, letra c) establece de la posibilidad de que el juez o jueza de niñez y adoles-

*Asimismo, respecto del ISNA, con la entrada en vigencia de la LEPINA y específicamente en su Art. 258, inciso primero, letra d), y Art. 179, mediante el cual se deroga expresamente su ley orgánica, y se le convierte en un entidad de atención, es evidente que, ésta atribución de evaluar y autorizar la adoptabilidad de toda niña, niño y adolescente, que será puesto en adopción, **ya no le corresponde al ISNA**, por lo que el Art. 168 del Código de Familia, se debe entender tácitamente derogado en cuanto a la inclusión de esta institución en el trámite de adoptabilidad.*

Si bien, el Art. 180, letra i) LEPINA establece que el ISNA tendrá las competencias adicionales que el ordenamiento jurídico le señale, no se puede afirmar que el contenido del Art. 168 LPF le corresponda. La razón de su inclusión en dicha norma familiar era que el ISNA se constituía como ente rector en materia de niñez y adolescencia. Con la aprobación de la LEPINA, dicha institución deja de ser el referente u órgano rector máximo, y se transforma en una entidad de atención, pues la función de la rectoría del sistema le corresponde al CONNA. Las funciones del ISNA, a partir de su nueva naturaleza, se sintetizan en actividades de coordinación y supervisión, diseño y ejecución de programas, de difusión o divulgación de derechos, y ejecución de decisiones judiciales.

El Art. 248 de la LEPINA determina una situación de competencia muy clara respecto de los niños, niñas y adolescentes que, al momento de entrar en vigencia dicha ley, se en-

cencia decrete o autorice la salida definitiva del país de un niño, niña o adolescente.

¿En dónde radica la problemática?

El hecho es que, de acuerdo al Art. 230, letra d) el juez o jueza de niñez y adolescencia tiene competencia para conocer de salidas del país, cuando el padre o la madre se encuentre ausente o se niegue injustificadamente a dar la autorización, bajo las reglas del proceso abreviado.

Como vemos, dicha norma no especifica si esa salida es temporal o definitiva. Por eso relacionamos dicho contenido normativo con las reglas que nos proporciona el Art. 44 LEPINA, para concluir que hay competencia para conocer tanto de las salidas temporales como de las definitivas.

Ahora bien, el punto está en que toda salida definitiva del país genera un cambio de residencia. Hablar de salida definitiva implica hablar de que se tiene toda la intencionalidad de radicarse fuera del país, de realizar el proyecto de vida, con todo lo que ello implica, fuera de las fronteras de El Salvador. Eso se vincula directamente con el ámbito del ejercicio de la responsabilidad parental. De acuerdo con nuestra legislación la responsabilidad parental es de ejercicio conjunto por regla general, y excepcionalmente de ejercicio unilateral. Su titularidad se predica respecto del padre y de la madre legalmente reconocidos. Así se deja entrever en el Art. 207 CF.

cuentran en situación de institucionalización. Es decir, a partir de enero de dos mil once, todos esos niños, niñas y adolescentes institucionalizados pasaron a conocimiento de los jueces y juezas especializados en materia de niñez y adolescencia, quienes iban a revisar y determinar su situación jurídica.

Las posibilidades de decisión, de acuerdo con la misma norma, pasarían por la adopción de medidas de protección adecuadas que privilegiaran el respeto de sus derechos fundamentales, debiendo perseguir, preferentemente las modalidades de acogimiento familiar establecidas en la ley, respetando el interés superior de las mismas.

Con ello, queda claro entonces, la competencia para conocer de todos los supuestos de niños, niñas y adolescentes en condición de institucionalización, por estipulación de la LEPINA, como ley especial, correspondía a los jueces y juezas de niñez y adolescencia. El Art. 248 LEPINA se posiciona como una norma de transición entre la situación anterior a la vigencia de dicha ley y el nuevo escenario de protección, cuyo propósito fundamental es resolver, jurídicamente, la situación del fenómeno de la institucionalización de un número

Resulta que los casos de salida del país no se contemplan como acciones enmarcadas dentro del ejercicio unilateral de la responsabilidad parental. El Art. 208, inciso segundo CF determina que la salida del país no se encuentra dentro de las posibilidades en que deba ejercerse unilateralmente la responsabilidad parental sea por un caso de urgencia, o de circunstancias especiales, como podría ser la ausencia del padre o madre, o su paradero ignorado.

Por ello, se dice que para la salida del país, cuando el padre o la madre está ausente, se ignore su paradero o se encuentre imposibilitado, dicha petición debe resolverse, sea en sede administrativa o en sede judicial, según los Arts. 44 y 230 LEPINA.

En las salidas temporales está claro, y es pacíficamente aceptado, que la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia es la competente. La problemática surge cuando se solicita una salida definitiva del país. La razón estriba en que, significando dicha salida un cambio de residencia, la idea de realizar el proyecto de vida fuera del país, ello está en el marco de la competencia de la Jurisdicción de Familia, a través de los procesos de custodia y régimen de comunicación y trato.

La pregunta es **¿Qué hacemos con el Art. 44, inciso final, letra c) LEPINA?** La solución que en la práctica jurisdiccional se ha buscado es hacer un ejercicio de determinación de los supuestos posibles de aplicación de la norma, buscando no afectar el ámbito de competencia de la jurisdicción de familia.

importante de niños, niñas y adolescentes. A futuro, cualquier supuesto de conocimiento de casos de vulneración de derechos de estas personas se tramitaría bajo las reglas procesales, administrativas y judiciales, que determina la LEPINA.

Por las razones apuntadas, entonces, ya no es posible entender que la Procuraduría General de la República y el ISNA, deban seguir aplicando el contenido del Art. 168 LPF en la forma que se venía aplicando antes de la entrada en vigencia de la LEPINA. El escenario ha cambiado, y por tanto, cuando medie conocimiento judicial de un caso de niños, niñas o adolescentes institucionalizados, ambas instituciones, como entes administrativos, pierden la competencia para conocer y declarar la adoptabilidad, pues será el juez o jueza de niñez y adolescencia el que deberá dictaminar lo pertinente, favoreciendo en todo momento las posibilidades de acogimiento familiar que sean pertinentes, y sólo en los casos en que se haya agotado toda posibilidad de acogimiento familiar, será este mismo juez o jueza el que deberá ordenar a la Procuraduría General de la República que verifique el proceso de declaratoria de adoptabilidad, en caso de presentarse como una alternativa viable, y privilegiándose, siempre, la adopción nacional por sobre la extranjera”.

La Cámara de Niñez y Adolescencia en un fallo reciente ha establecido tres supuestos en los que se podría discutir la competencia de la Jurisdicción de Niñez. En la sentencia con referencia 7/A/SM2/14-2, de las catorce horas con treinta minutos del día diez de abril de dos mil catorce¹³, la Cámara estableció tres supuestos: 1. Aquellos casos en los que existe proceso en trámite en la Jurisdicción de Familia referidos a custodia, regímenes de comunicación y trato, suspensión o pérdida de la responsabilidad parental, y simultáneamente se plantea la petición de salida definitiva del país en la Jurisdicción de Niñez. 2. Los casos en que existe ya una sentencia previa sobre custodia, o régimen de comunicación y trato, y simultáneamente se plantea la petición de salida definitiva del país en la Jurisdicción de Niñez, y 3. Los casos en que no existe proceso en trámite, ni sentencia previa en custodia, régimen de comunicación y trato, pérdida o suspensión de la autoridad parental, y el padre o madre es de domicilio ignorado.

De los tres supuestos, sostiene la Cámara, sólo el tercero sería el supuesto de competencia de la Jurisdicción de Niñez y Adolescencia. Mientras no se reforme la ley, esa será, a juicio de la Cámara, la interpretación correcta para dar vigencia a lo establecido en el Art. 44, inciso final, letra c) LE-PINA. Además la LPF da la posibilidad para buscar esa solución, al determinar en el Art. 7 que los jueces y juezas debemos resolver no obstante

-
13. “(...) Tomando en cuenta los efectos que se generan del dictado de una decisión judicial de salida definitiva del país, y además las competencias específicas que señala la LEPI-NA y la LPF, tanto a jueces y juezas de niñez y adolescencia, como de familia, es preciso verificar una interpretación que favorezca el conocimiento de los asuntos propios de cada jurisdicción sin que ello implique la invasión de los ámbitos de competencia propios.

En ese sentido, nos parece que debe, mínimamente, establecerse los supuestos en que es posible el dictado de una salida definitiva del país, dado el cambio de domicilio o residencia que representa y la necesaria consideración de la inminencia del reconocimiento o establecimiento de un cuidado personal.

Las posibilidades que, de acuerdo a la práctica jurisdiccional, podemos identificar hoy por hoy, serían los siguientes:

Un primer supuesto lo constituiría el escenario de discusión de una salida definitiva del país, cuando existe en trámite, de manera simultánea, un proceso de custodia, de régimen de comunicación y trato, de pérdida o suspensión de la autoridad parental en el ámbito de la jurisdicción de familia.

Un segundo supuesto sería el escenario de discusión de una salida definitiva del país, cuando ya existe una sentencia ejecutoriada en materia de familia que ha atri-

vacío, insuficiencia u oscuridad. Al justiciable debe dársele respuesta a sus peticiones, respetando el debido proceso y la legalidad.

Modificaciones en el plano procesal

Los cambios que se han generado con la aprobación de la LEPINA, también han abarcado la LPF. Es decir, el proceso en sus diversas etapas, se ha visto sensiblemente modificado con la incorporación de ciertos aspectos que realzan, precisamente, la condición de los niños, niñas y adolescentes, como personas, sujetos plenos de derechos. Particularmente estos cambios tienen que ver con la opinión, la participación y el acceso a la justicia de estas personas.

6.1. Capacidad procesal

Un tema tradicionalmente invisibilizador de la condición de sujetos de derechos de la niñez y adolescencia ha sido el tema de la capacidad jurídica procesal. Desde el Derecho Civil se ha sostenido, por siempre, que las personas menores de edad son incapaces y que por tanto no pueden participar de un proceso por sí mismos, independientemente de su nivel de desarrollo, como los titulares del derecho discutido.

buido la custodia de un niño, niña o adolescente y que ha fijado un régimen de comunicación y trato.

Y un tercer supuesto lo representaría el escenario de discusión de una salida definitiva del país, cuando no existe un proceso en trámite, en la jurisdicción de familia, sobre custodia, régimen de comunicación y trato, o pérdida o suspensión de la autoridad parental, ni sentencia que se haya pronunciado sobre los mismos aspectos, y sea el padre o la madre de domicilio ignorado.

De los tres supuestos que identificamos, nos parece que este último es la posibilidad que se plantea en el ámbito de competencia de los jueces y juezas de niñez y adolescencia, de acuerdo a lo estipulado en el inciso 6to, letra c) del Art. 44 LEPINA, para decretar una salida definitiva del país.

En los dos primeros, será el juez o jueza de familia el que deberá definir dicha salida, pues guarda estrecha relación con lo que constituye su competencia objetiva. Si fuera el juez o jueza de niñez y adolescencia el que otorgara la salida definitiva sin respetar esos supuestos, tal circunstancia se configuraría en un mecanismo de fraude para el ejercicio de la función parental del padre o madre no custodio, o por lo menos una obstaculización importante (...)

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

Nótese que la norma en cuestión plantea tres escenarios: 1. La participación de niños y niñas, que de acuerdo con el Art. 3 LEPINA son quienes que han alcanzado doce años. 2. La participación de los adolescentes, a partir de los catorce años, y 3. La participación de adolescentes, como de los niños y de las niñas en procesos específicos, como la suspensión o pérdida de la responsabilidad parental, y la privación de la administración de bienes.

En general diremos que la norma es coherente con los Arts. 5 y 12 LEPINA, en el sentido que los derechos se ejercen por estas personas, en la medida que tiene la suficiente madurez y capacidad de formarse un juicio en todos aquellos asuntos que les afecten. Entonces, se supone que a mayor edad hay un mayor grado de madurez, y a la inversa a menor edad, mayor necesidad de ayuda, de acompañamiento.

Para efectos del presente trabajo, interesa destacar el segundo supuesto, esto es, la capacidad jurídica procesal que se atribuye a las personas adolescentes a partir de los catorce años.

Es algo muy novedoso para el Derecho de Familia, el que se reconozca ahora lo que en el texto de la CSDN constituye la piedra angular del nuevo modelo de la protección integral: La condición o reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos.

Se abandona la idea central del modelo tutelar, y de los modelos anteriores, de considerar a estas personas como incapaces, a las cuales hay

que sustituirles la voluntad y decidir por ellas. Dicha tarea la asumían, generalmente, el padre y la madre. El niño, la niña y los adolescentes eran, formalmente, una especie de “títeres” que se movían al son de sus creadores, y que por tanto hacían y seguían las indicaciones que se les daban, sin ningún margen de maniobra.

Lo novedoso gira, también, en la idea de que pueden otorgar poderes de acuerdo a los requerimientos del derecho común. Esto quiere decir, de acuerdo a las reglas que nos dan tanto el Derecho civil, Procesal civil y normativa familiar: Escritura pública, acta notarial, escrito con firma legalizada, en acta en el desarrollo de una audiencia, entre otros.

La norma revela lo que nos enseña la Psicología Evolutiva, en el sentido de que los adolescentes han adquirido en ese proceso ciertas habilidades y capacidades que les hacen o habilitan para ser partícipes de todos aquellos aspectos propios de su desarrollo en todos los ámbitos.

Esta idea, en la práctica, no ha encontrado el eco esperado. Particularmente en la actuación notarial son muy pocos las personas, autorizadas para el ejercicio de dicha función, que se atreven a diseñar poderes cuando le son requeridos por una persona adolescente. La mayoría dicen que temen ser sancionados por el organismo contralor de dicha función (Sección del Notariado de la Corte Suprema de Justicia).

Por eso el Comité de los derechos del niño insiste en la idea de la necesidad de seguir armonizando, de manera integral, todo el ordenamiento jurídico para hacer plenamente efectiva la condición de los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos. Esto debe implicar reformar todas aquellas disposiciones, particularmente del derecho civil, que han desarrollado milenariamente el tema de la incapacidad de estas personas.

Desde ese ámbito, no ha faltado el análisis, reduccionista, meramente literalista, de decir que esa capacidad sólo está referida a los procesos que diseña la LEPINA: Proceso General de Protección y Proceso Abreviado, como expresamente lo indica el Art. 218.

A ello respondemos que la finalidad del Sistema Nacional de Protección, en el cual se incluye al órgano judicial, y a los entes administrativos, de

acuerdo al Art. 103 y al 106 LEPINA es que los derechos destinados para este grupo de población se ejerzan en forma efectiva, y que esa circunstancia se considera de interés público y nacional. Además, siendo el contenido de la LEPINA parte del derecho de familia, según el Art. 214 de su texto, debe aplicarse lo dispuesto en el Art. 8 del CF, y 2 LPF, en cuanto a que la interpretación y aplicación de sus disposiciones deben procurar siempre la efectividad de los derechos reconocidos en dicha normativa.

Todo el catálogo de derechos que se diseña en la LEPINA de los Arts. 16 al 100 tienen que ver con ámbitos muy diversos, con espacios de socialización variados, en los que los niños, niñas y adolescentes se desarrollan y pueden ser objeto de vulneración. Esos escenarios, evidentemente, superan el marco legal de actuación de los tribunales especializados en niñez y adolescencia.

Lo correcto es afirmar que tanto la LEPINA, como la CSDN constituyen el régimen jurídico aplicable a niñez y adolescencia, y por tanto cualquier ámbito del derecho o del ámbito administrativo debe considerar, como obligatoria, la aplicación de las normas ahí plasmadas.

Legitimación

Otra modificación importante es lo referido a la legitimación. Por dicho concepto se ha entendido que es esa especial vinculación de uno o varios sujetos con un objeto litigioso determinado, que les habilita para comparecer individualmente o junto con otros, en un proceso concreto con el fin de obtener una sentencia eficaz.

En materia de familia, en lo que se refiere a la parte procesal, no tenemos una norma que nos hable de la legitimación, por lo cual en atención al Art. 218 LPF recurrimos supletoriamente al Código Procesal Civil y Mercantil, particularmente en su Art. 166. Esta norma indica que *“Tendrán legitimación para intervenir como parte en un proceso los titulares de un derecho o un interés legalmente reconocido en relación con la pretensión. (Inciso segundo) También se reconocerá legitimación a las personas a quienes la ley permita expresamente actuar en el proceso por derechos e intereses de los que no son titulares”*.

La LEPINA, en su Art. 219 atribuye, por definición, una legitimación en términos muy amplios. En donde destaca que la primera persona legitimada en todos aquellos asuntos que le afecten y que requieren de su participación, es precisamente el niño, niña o adolescente. Esto, armonizado interpretativamente con el Art. 218 nos aporta otra razón más para sostener que las personas adolescentes tienen capacidad jurídica procesal.

Pero también es preciso destacar, en sintonía con la parte final del Art. 166 del Código Procesal Civil y Mercantil, que también se asigna legitimación para requerir en el ámbito judicial la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, a familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad: abuelos, tíos, primos, responsables, entre otros.

Esto es aplicable en materia de familia, por ejemplo, cuando se va a requerir la custodia de un niño, niña o adolescente, un régimen de comunicación y trato, alimentos, etc. Sin embargo, la práctica jurisdiccional nos recuerda como en muchísimas ocasiones se ha negado, por ejemplo, a los abuelos y abuela, esa legitimación cuando quieren discutir en un proceso el ostentar la custodia de una de estas personas.

Ha sido tan grave que, en escenarios donde el padre o la madre a cargo de los hijos e hijas se encuentra fuera del país, y materialmente estas personas conviven con los abuelos y abuelas paternas o maternas, la demanda la tiene que suscribir ese padre o esa madre que no está en el país, y que por lo tanto, no ejercen materialmente la custodia.

Ahora, entonces, con la LEPINA, se entiende que esa legitimación se amplía muchísimo, pues de lo que se trata es de facilitar que los niños, niñas y adolescentes puedan acceder a la justicia, o, dicho de otro modo, que todos aquellos escenarios de vulneración de derechos de estas personas puedan ser presentados para su conocimiento y decisión en el espacio decisor competente.

6.3. Invalidez de actuaciones procesales

El Art. 223 LEPINA establece que la vulneración del derecho de opinión de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de un proceso en el que se

discutan aspectos que tengan que ver con sus derechos, produce la invalidez de todo lo actuado. Es decir, si a una de estas personas no se le permite expresar opinión en asuntos de trascendencia para el ejercicio de sus derechos, ello genera una sanción procesal: La invalidez de lo actuado y la necesidad, por ende, de su reposición.

Tres son los supuestos en que, según dicha norma, se puede producir esa vulneración: 1. Cuando injustificadamente no se les permita ejercerlo en la realización de las audiencias. 2. Cuando se les obligue a ejercer dicho derecho, y 3. Cuando su opinión no sea valorada o tomada en cuenta en la decisión que al efecto se adopte.

La regla general es que a los niños, niñas y adolescentes se les debe garantizar el derecho de opinión, posibilitar o facilitar que se expresen en todos los asuntos que tengan que ver con el ejercicio de sus derechos. Esto, además, es una exigencia del principio del interés superior establecido en el Art. 12 LEPINA.

¿Cómo debe concretarse ese derecho?

El Comité de los derechos del niño ahonda en este aspecto en su observación general número doce, analizando precisamente el Art. 12 de la CSDN. En la misma, afirma que esa opinión debe ser libre, enfocada a los asuntos que le afecten y ser tomada en cuenta en función de la edad y de la madurez, y que la misma debe constituirse en una opción y no en una obligación.

Asimismo, el Comité ha indicado o sugerido una serie de pasos para concretar este derecho, dentro de lo que destaca la preparación previa de estas personas, indicándoseles el motivo de la audiencia, qué personas participarán, que aspectos discutirán, en que espacio y tiempo se les escuchará, los efectos que su opinión puede generar, etc. Ahí el niño, niña y adolescente estará en condiciones de decidir si quiere participar o no lo quiere hacer.

Si se decide a hacerlo, nos dice el Comité que en la audiencia se debe generar un ambiente adecuado, no hostil, que implica preparar a los adultos participantes sobre lo que significa que estas personas participen y el

respeto a la forma que lo hagan, así como la voluntad de atender dichas expresiones.

Una vez planteada la opinión, deben valorarse las condiciones de madurez, de capacidad de formarse un juicio que tengan estas personas, la conciencia clara de lo que está sucediendo y del porqué se expresa lo que se quiere, a fin de ponderar si se toma o no en cuenta atendiendo todos los factores involucrados.

Asimismo, nos dice el Comité que luego debe explicarse al niño, niña o adolescente cuál fue el motivo por el cual se accedió o no a lo que estas personas plantearon como opinión respecto del asunto tratado, y no sólo eso, sino que además deben establecerse las vías recursivas o de queja pertinentes para que el niño, niña o adolescente pueda buscar revertir la decisión adoptada.

Estas etapas o modalidades de concreción del derecho de opinión realmente no han formado parte del trabajo jurisdiccional. Sin embargo, siendo el Comité el mecanismo de seguimiento de la CSDN, y estar en su texto sus funciones, es preciso que los Estados parte asuman la obligación de poner en práctica dichas observaciones.

Competencia territorial

Tradicionalmente, en El Salvador, la normativa procesal de familia, establecía que el domicilio del demandado era el criterio de competencia en razón del territorio. Así lo establecía el Art. 34 LPF.

Con la LEPINA el escenario cambia. El Art. 217 de dicho cuerpo legal establece que las reglas del emplazamiento se regirán por tres criterios: 1. El juez o jueza del domicilio del niño, niña o adolescente afectado en sus derechos. 2. El juez o jueza del domicilio del lugar en el que se produjo la vulneración, por acción u omisión, y 3. El juez o jueza de la residencia de la autoridad, funcionario o persona a quien se atribuya el acto vulnerador.

Podemos decir que, con dicha regulación, se vuelve la mirada a la víctima, se facilita el acceso a la justicia de la víctima, lo cual adquiere trascenden-

cia en aquellos grupos de personas en situación de vulnerabilidad, como es la niñez y adolescencia.

Ahora bien, la parte final de dicho Art. 217 dice que *“En caso de existir varios jueces competentes, conocerá el que primero emplace a la parte demandada”*. ¿Cómo se debe interpretar tal mandato para no volver, con facilidad, al antiguo esquema de buscar al demandado o responsable?

Tenemos que echar mano de los principios rectores de la LEPINA, los cuáles, dentro de sus funciones, tiene el servir de parámetro para la interpretación que mejor favorezca el ejercicio efectivo de los derechos.

Para ello nos sirven los principios de interés superior y prioridad absoluta, contemplados en los Arts. 12 y 14 LEPINA, relacionados con la idea o finalidad del sistema de protección, dentro del cual se encuentra el órgano judicial, establecida en el Art. 103 LEPINA.

Bajo el amparo de tales principios diríamos que cuando el domicilio del niño, niña o adolescente sea distinto al de la autoridad, funcionario o particular, debe preferirse el domicilio de estas personas, o el lugar donde se produjo el acto vulnerador, a fin de facilitar el acceso a la justicia.

A contrario sensu, y en una interpretación muy restrictiva, diríamos, asimismo, que el último criterio establecido por el Art. 217 sería el caso en que la autoridad, funcionario o particular tenga el mismo domicilio del niño, niña o adolescente.

Por eso, entonces, cuando la norma afirma que en caso de existir varios jueces o juezas competentes conocerá aquel que primero emplace a la parte demandada, debe entenderse que es en este último caso, es decir, que el niño, niña o adolescente tenga el mismo domicilio o viva en la misma circunscripción territorial en donde tenga su asiento el tribunal.

Con esa interpretación nos parece que se garantiza la finalidad del sistema, y se ven reflejados los principios de interés superior y prioridad absoluta, pues se favorece el acceso a la justicia de las personas menores de edad.

Desburocratización del acceso a la justicia

Finalmente, otra de las modificaciones importantes que van en la línea de favorecer condiciones adecuadas de acceso a la justicia, de procurar una justicia ágil, expedita, sin trámites burocráticos, es el contenido de los Arts. 224, 241 y 245 LEPINA.

Dichas normas prevén que en los procesos en que los sujetos titulares del derecho discutido sean niños, niñas o adolescentes, no procede la suspensión del proceso voluntaria, ni necesaria por causas lógicas, que se regula en los Arts. 27 y 280 del CF. Tampoco procede el planteamiento del recurso de casación, ni la posibilidad de terminación del proceso en base al Art. 111 de la LPF, esto es cuando el demandante y su apoderado no asisten a la audiencia preliminar.

Lo que las normas favorecen es que los conflictos se resuelvan de forma expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalidades ni obstáculos innecesarios. Cierran la posibilidad de que se utilicen argucias o vacíos procesales para complejizar el conflicto y no darle solución.

Por eso hablamos de desburocratizar la justicia, porque la idea es remover todos aquellos mecanismos procesales que dilatan la tramitación de los casos, y su decisión final, pero además, la remoción de mecanismos que no tienen contacto personal con los involucrados y que favorecen más bien decisiones desde el escritorio, desprovistas de la cercanía del individuo, de su realidad.

A modo de conclusión

Han transcurrido casi cuatro años de vigencia de la LEPINA, y veintitrés años de vigencia, como ley de la república, de la CSDN, y no parece que nuestras prácticas socio familiares, e institucionales hayan evidenciado un cambio significativo, que nos indique que estamos cumpliendo, en forma decidida, con el compromiso asumido de implementar el modelo de la protección integral en El Salvador.

El Derecho de Familia, en El Salvador, con la aprobación de la LEPINA, se ha modificado, al menos desde el punto de vista formal, en todo lo con-

cerniente a la situación de los niños, niñas y adolescentes, a su condición de sujetos titulares de derechos.

Los cambios, en el texto de la ley, han posicionado las instituciones tradicionales con un significado distinto: Visualizadas con enfoque de derechos. La idea es favorecer el ejercicio efectivo de los derechos dispuestos para las personas menores de edad, potenciar su desarrollo, de acuerdo al proceso evolutivo de cada una de sus etapas vitales.

Es un avance importante que tanto el texto de la CSDN como la LEPINA estén como parte del sistema jurídico salvadoreño, aunque nos falte mucho para cumplir con el proceso de adecuación integral del resto de ámbitos administrativos. Sin embargo, lo más valioso será generar, en adelante, un cambio de mentalidad en personas e instituciones vinculadas a la problemática de la niñez y adolescencia, así como la necesaria búsqueda de apoyos en la interdisciplina para el abordaje de la misma.

En esa tarea, también es sumamente importante que miremos a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, y a la jurisprudencia que sobre los mismos se ha ido generando en las instituciones competentes. Es preciso que los jueces y juezas salvadoreños concretemos siempre, en todos los casos, el control de convencionalidad, favorecer la interpretación integral, evolutiva de las normas más allá de su literalidad. Solo así estaremos en posición de dar respuestas adecuadas a las nuevas realidades que se nos plantean en niñez y adolescencia.

EFFECTOS LEGALES DE LA FILIACION EXTRAMATRIMONIAL EN EL SALVADOR EN VEINTE AÑOS DE HISTORIA JUDICIAL DEL DERECHO DE FAMILIA

Raúl Wilfredo Barrientos Bolaños⁸⁹

La palabra Filiación proviene etimológicamente de la voz latina “*filus*” cuyo equivalente en idioma castellano es “hijo”, he de referirme en las siguientes líneas de manera sencilla y práctica de los efectos legales que genera el establecimiento de la filiación extramatrimonial respecto del hijo.

El tratadista familiar Jorge Osvaldo Aspíri define la institución jurídica del derecho familiar, denominada Filiación como “*el vínculo familiar que une a una persona con el hombre que lo engendró y con la mujer que lo alumbró*”⁹⁰. En la actual sociedad salvadoreña, cargada de tantas realidades sociales complejas y cambiantes, adolecemos de profundas crisis al Derecho a la Identidad de los niños, niñas y adolescentes que desde el momento de la concepción no gozan de una paternidad cierta, producto de que no nacen “*erga omnes*” de una presunción efectiva y garante de vínculos o derechos frente a su verdad biológica paterna, por ello se hace necesario que el derecho que finalmente se nutre de esas realidades sociales y las convierte en normas legales justifique bajo su modalidad sistemática el desarrollo armonioso de reglas claras que acrediten y visibilicen este Derecho Humano: el derecho a gozar de una paternidad cierta independientemente del origen de su filiación.

La categoría jurídica “*igualdad*” y “*no discriminación*” se encuentran en todas las constituciones modernas y en todos los instrumentos interna-

-
1. Abogado y Notario. Docente universitario de Derecho de familia y Derecho Procesal de familia en Universidad Católica de El Salvador, Universidad Modular Abierta y Universidad Autónoma de Santa Ana; Juez Segundo de Familia Suplente de la ciudad de Santa Ana, Ex Procurador de familia adscrito, Secretario de Primera Instancia. Lic. En Teología, Dr. en Psicología P. Miami, USA., aspirante a Maestro en Asesoría Educativa.
 2. CALDERON DE BUITRAGO Y OTROS, ANITA. Manual de Derecho de Familia Salvadoreño, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Pág. 463, 1ª. Edición; retomado de Enciclopedia de Derecho de Familia; Tomo II, Editorial Buenos Aires, 1992, pág. 3 Cl.

cionales de derechos humanos. El concepto de igualdad y la necesidad de combatir la discriminación, incluso, ha sido considerado como una norma de ius cogen por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (reglas de obligado cumplimiento por los Estados y que no puede ser derogada excepto por otra regla del mismo rango.) La Convención Americana sobre los Derechos Humanos establece y garantiza el derecho a la justicia y, especialmente, el derecho a la igualdad y a la dignidad humana. Sin embargo, al ingresar al mundo de la práctica de la justicia nos encontramos con importantes sectores de la población nacional claramente invisibilizados por los operadores de justicia y por los funcionarios del sistema judicial, unas veces por excesiva carga laboral y otras por desconocimiento e incomprensión de los derechos establecidos para las personas en condición de vulnerabilidad. En este contexto, y como una consecuencia de la suscripción de la Carta de los Derechos de las Personas ante la Justicia, en el espacio judicial Iberoamericano, en México en Noviembre del 2002, surge la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada en Brasil en Marzo del 2007, cuyo producto son las 100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Con ello emana también la obligación de difundirlas, aplicarlas, dar seguimiento a su implementación y capacitar a los operadores y funcionarios de justicia de Iberoamérica. Las 100 Reglas de Brasilia deben ser abordadas por los funcionarios judiciales, como recomendaciones que se interiorizan con vocación de servicio para garantizar el derecho humano a una tutela judicial efectiva, ágil y eficiente, sea cuando se conculquen sus derechos en lo civil, penal, laboral, agrario, administrativo o en cualquier otra rama del derecho, como actor o como demandado. Uno de los objetivos de las 100 Reglas de Brasilia, más allá de la sensibilización y capacitación, es el empoderamiento de las mismas para formar parte de una cultura de no discriminación. Este objetivo general, debe ser el horizonte estratégico y al mismo tiempo el anhelo concreto de jueces, fiscales, defensores y de los demás operadores de justicia expertos en diferentes materias y disciplinas científicas como los profesionales del trabajo social, siquiatria y psicología, médicos forenses, químicos biólogos, pedagogos, sociólogos y en general todo empleado administrativo-judicial⁹¹. El Salvador que no está fuera de

3. PAZMIÑO GRANIZO, ERNESTO. Las 100 Reglas de Brasilia Derechos Humanos y Acceso a la Justicia para Personas y Grupos de Atención Prioritaria. "Garantías para el acceso a la justicia", Pág. 5.

este concierto internacional⁹², ya tenía sus propios eslabones locales ya que a partir del uno de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, marco un paso importante en el logro de tan significativo y sensible temática, al aprobar en el seno del Órgano Legislativo por Decreto No. 677 de fecha once de octubre de mil novecientos noventa y tres, Diario oficial numero 231 Tomo 321 y Publicado en el Diario oficial de fecha trece de diciembre de mil novecientos noventa y tres el moderno y vigente Código de Familia que vendría a dar respuesta a muchas realidades sociales que nutrirían tan importante normativa y que de alguna manera se encontraban invisibilizados en la legislación civil que lustros atrás contenía esta rama del ahora denominado Derecho Social, que no obstante para su época se evidenciaba como idónea y que se alimentó seguramente del producto del sesgo machista estereotipado apreciada a la luz de la realidad social de 1860; en una sociedad que de forma natural durante más de un siglo, marginaba y castigaba por resultado el derecho de los niños y niñas que eran concebidos y nacían en una relación sexual natural al margen de un vínculo matrimonial de sus progenitores, que tuviese por objetivo primordial establecer una plena y permanente comunidad de vida; esta neófito legislación familiar vigente desde hace veinte años, lejos de generar estados de incertidumbre jurídica como lo regulaba la derogada legislación que contenía el desarrollo del derecho filiatorio dentro del marco del derecho privado para los justiciables que debían probar en sede judicial concubinatos públicos y marginados de medios de prueba científica que legitimaran su derecho fueron víctimas de un sistema que hacia nugatorio en la práctica el establecimiento efectivo de su derecho más fundamental ...”saber quiénes son sus padres, ser reconocidos por estos, llevar sus apellidos y acceder a los derechos inherentes a su estado familiar a partir de la concepción”, esta generación merece una disculpa del derecho civil; realidad muy distante de la niñez que se ha beneficiado de nuestro Código de Familia que aun con todos sus limitantes legales no ha sufrido aquellos atropellos, dado que nuestra sociedad ahora se ve fortalecida por normativas que jurisdiccionalmente dan una respuesta integral a los más vulnerados: La niñez salvadoreña que conforme al enfoque de la doctrina de la Protección Inte-

4. Durante el 41º período de las Sesiones Ordinarias de la Asamblea General de la OEA reunida entre los días 5 y 7 de junio en la ciudad de San Salvador – República de El Salvador - los representantes de los 35 Estados miembros por unanimidad aprobaron la Resolución AG/RES. 2656 (XLI-O/11)

gral reconocemos como ciudadanos sociales, conceptualización moderna que viene dada por el hecho de que los niños, niñas y adolescentes 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 legales y celebrar contratos), si gozan de Ciudadanía social que implica tener derecho y la capacidad de exigir del Estado el cumplimiento de las garantías necesarias para vivir dignamente al lado de sus progenitores y exigir de estos el cumplimiento de los deberes consagrados en la Carta Magna a la familia que los ha visto nacer⁵, espíritu esencial del Decreto Legislativo numero ochocientos treinta y nueve de fecha veintiséis de marzo de dos mil nueve, publicado en el Diario Oficial numero sesenta y ocho, tomo trescientos ochenta y tres de fecha catorce de abril de dos mil nueve que contiene la Ley de la Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.

En virtud de que la familia es la base fundamental de la sociedad y que la Constitución impone el deber de dictar la legislación necesaria para su protección, integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico; su regulación es un deber impostergable, y una obligación que no puede diferirse, tal y como lo dispone el Considerando Primero del Código de Familia vigente, ello conlleva la necesidad de plantear de manera breve algunos efectos que genera La Filiación Extramatrimonial en el Derecho de Familia Salvadoreño, principalmente la contenida in fine del art. 150 C.f. que establece que ***“Si fuera declarada la paternidad, la madre y el hijo tendrá derecho a reclamar del padre indemnización por los daños morales y materiales⁶ a que hubiere lugar conforme a la ley”***. La prestación económica en la sentencia definitiva del proceso de Declaratoria Judicial de Paternidad en la filiación extramatrimonial, como efecto de la negativa del padre a reconocer voluntariamente su paternidad por cualesquiera de los medios contenidos en la normativa salvadoreña, entre las que tenemos disposición de Ley, Art.140 C.F. , reconocimiento voluntario Art. 143 C.F., la modalidad sui generis del reconocimiento provocado, art.146 C.F. justifica la necesidad del hijo como titular directo del derecho de paternidad de deman-

5. MORÁIS, MARÍA G. Exposición Magistral: La LEPINA en el Municipio San Salvador Octubre de 2009.

6. Negrilla y subrayado fuera del texto legal.

dar a través de su representante legal o judicial, o por procuración directa la Declaratoria Judicial de Paternidad lo cual conlleva la posibilidad de incorporar en su reclamo filiatorio la correspondiente prestación civil de Indemnización por los daños morales y materiales al padre demandado, tanto para el hijo como para la madre, en la Declaratoria Judicial de Paternidad principalmente, dado que el resto de modalidades no legitimaron expresamente esta posibilidad, quedando a criterio del justiciable el planteamiento fáctico de dicha pretensión en el libelo de su formulación procesal por la vía de la indemnización universal, amparada en la Constitución de la República como algunos lo afirman y que podría dar lugar a más de alguna discusión interesante, empero frente a realidades atentatorias al derecho humano fundamental de la dignidad, de una vida libre de violencia en el ámbito moral, físico y psicológico y porque no decirlo patrimonial para todos los habitantes del país, etc. Resulta que planteamiento del reclamo en mención no es novedoso y se ha utilizado en la práctica para ejercitar pretensiones del mismo tipo en procesos de divorcio por el motivo de vida intolerable, cabe reconocer que en tales condiciones muchas veces la sentencia es desestimatoria, precisamente sobre una base de falta de legitimidad activa por interpretación normativa vigente.

... Como es lógico, el reconocimiento intra proceso lleva consigo la manifestación expresa del padre, quien acepta la filiación que se le atribuye, en estos casos el Juez a quo al tener por aceptada y reconocida la paternidad tendrá siempre que declararla judicialmente; no obstante que la actitud del demandado .como en el sub lite- podría incidir en la determinación del monto de la indemnización reclamada, actitud que aunada a las circunstancias propias de cada caso darán lugar incluso a la procedencia o no de la referida indemnización. Diferente situación se plantea en el caso del reconocimiento extra proceso, verificado antes del emplazamiento de la demanda respectiva, pues al darse el reconocimiento , el pronunciamiento del Juzgador no tendrá que versar sobre la procedencia del derecho (fondo) sino que una vez constituido el derecho reclamado no habrá lugar a su pronunciamiento (judicial), pues este ya ha sido otorgado, expresándolo así en la resolución, caso en que tampoco procederá la fijación de una indemnización, por los daños morales y materiales reclamados. (Cam.Fam.S.S., veintisiete de julio de dos mil seis. Ref. 131-A-2005) Líneas y Criterios Jurisprudenciales en Derecho de Familia, página 168, UTE, CNJ.), es menester entender los contextos facticos para la aplicación de los supuestos esgrimidos, respetables a mi parecer ya que

efectivamente en algunos casos ha permitido a juicio prudencial evitar el pronunciamiento del Juzgador en razón del momento procesal en que se da tal reconocimiento visto más como una forma de burlar el derecho del niño, niña o adolescente, como sucedió con el pronunciamiento judicial en segunda instancia que a continuación transcribo por su importante vinculación con estas líneas:

...Se presenta la particularidad en el caso que nos ocupa, que el demandado posteriormente hace el reconocimiento de su hija, lo cual es hecho del conocimiento del tribunal a quo hasta el momento de plantear la alzada, es decir después de sentenciado el proceso, por lo que se debe dejar claro que la negativa del padre a reconocer la paternidad extrajudicialmente, es la que dio lugar a la promoción del proceso y solo a través de su promoción es aceptada o "reconocida", desde luego que después de realizada la prueba científica y emitida la sentencia de mérito, lo cual no justifica su conducta previa, situación que lógicamente hace subsistir el daño moral ocasionado en lo más íntimo de los sentimientos de la hija no reconocida, debido a la negativa. (Cam. Fam .S.S., trece de noviembre de dos mil siete. Ref. 13-IH-2006).

Detrás de los procesos de Declaratoria Judicial de Paternidad subyace un padre que no guarda comunicación alguna ni un modelo de responsabilidad tanto con la madre como con el hijo, negándole en consecuencia los derechos que devienen de dicho vínculo y que a la postre se dirigen a una afectación en los derechos y sentimientos de los niños, siendo esta afectación extra económica o extra patrimonial que la persona sufre en sus sentimientos los que el legislador de familia retoma para la visibilización de esta especie de indemnización con carácter legal en beneficio de la niñez salvadoreña, y es que en realidad la negativa del padre a reconocer su obligación familiar, genera una triple afectación así: El Derecho a la Filiación Paterna, El Derecho a la Identidad y el Derecho a la Prestación de Alimentos.

El reclamo y monto a fijar en Sentencia Judicial por el reclamo de indemnización por los daños materiales y personales sufridos se vuelve más significativo a la luz de la edad del hijo procreado, dado que cuando éste ha crecido y decide demandar por derecho propio, se le ha negado no solo su reconocimiento paterno sino una serie de relaciones familiares con el resto de la familia paterna de cuyo ámbito no disfruto en la etapa inicial de

su desarrollo, aspecto que por demás está decirlo es sumamente vinculante en la esfera de la autoestima personal, por ello en tales condiciones la actividad procesal probatoria se vuelve dinámica para las partes en litigio y su asignación económica debe ser ejemplarizante una vez considerados y establecidos los extremos procesales. Todo ser humano tiene derechos fundamentales por su sola existencia, uno de los más importantes y elementales es a nacer y desarrollarse dentro de una familia que le permita el más amplio sentido de desarrollo y autodeterminación en su vida, garantizarle un proyecto de vida lo más integral posible.

Asimismo se reconoce en la disposición citada el derecho efectivo que también tiene la madre para solicitar su reparación civil por los efectos que le produce a nivel personal y material la negativa del padre a reconocer al hijo procreado; esta consideración litisconsorcial para demandar la prestación aludida se justifica en una sociedad como la nuestra donde es común poner en entredicho la moralidad materna y la concepción discriminatoria de la dignidad femenina, la cual a la luz de la práctica en pocas o raras ocasiones logra establecerse como una verdad procesal y que debe evitarse su consideración para evitar una involución de todas las normas en defensa de los derechos humanos de la mujer salvadoreña, a contrario sensu respecto del padre demandado quien con esa actitud lo que generalmente pretende es mantener un último valladar de lucha para dar pelea en juicio sin afectar la estabilidad familiar ante su infidelidad conyugal de su primigenio matrimonio, sin importarle la indignación materna que implica el pasar por el desgaste emocional del reclamo judicial y la crianza unilateral de su prole.

Los supuestos por los cuales podría omitirse una fijación de indemnización por daño moral serían por la improcedencia del reclamo ante la ocultación del parto o la suplantación del pretendido hijo al verdadero, por ello es que no siempre el estado psicológico del hijo y de la madre reflejan patrones de comportamiento psíquico alterado por la omisión del derecho de paternidad como elementos vinculantes para sustanciar un fallo judicial sino más bien las condiciones por las cuales se da la negativa de reconocimiento paterno, sobre todo en aquellos casos donde existió incluso una posesión de estado de hijo (nombre, trato y fama) faltando únicamente el hecho material de que se documentara la existencia del vínculo filial; acción al-

rededor de la cual gravita el inicio de la esfera de prestaciones en beneficio del hijo, esto por supuesto al margen de la actividad y comportamiento procesal que desarrolla el demandado en el juicio, a quien obviamente no se le puede negar su derecho a dudar de la paternidad demandada.

El hijo tiene el derecho a investigar su paternidad durante toda su existencia y se trasmite esa prerrogativa sus herederos, consecuentemente sobre tal derecho acontece su matiz más importante, es imprescriptible, art. 139 cf. A contrario sensu el mismo tiempo tiene para impugnar su paternidad, intencionalmente lo digo porque investigar su paternidad implica a la vez el desplazamiento de la establecida de manera ineficaz o irreal, subyacen en el reclamo de la indemnización por daño moral su CUANTIFICACIÓN que es el punto del iceberg del derecho del pretensor, por ello conviene referirse puntualmente a un elemento que guarda relación en este tipo de acciones legales es básicamente el principio de proporcionalidad y racionalidad entre la pretensión y la sentencia definitiva estimatoria que al efecto se dicte, la cual debe ser congruente con criterios esenciales tales como la realidad económica de las partes en litigio y la magnificación de la afectación psíquica temporaria sufrida por el hijo en su reclamo del derecho en abstracto que conlleva la indemnización por daños morales y materiales (afectación patrimonial concreta ante el ausentismo en los deberes de crianza paterna), principalmente en aquellos casos en los que no era desconocido para el padre la existencia material de su hijo, conviene evaluar objetiva y puntualmente la exteriorización del dolo actitudinal del sujeto obligado a convivir y criar a su prole aspectos que deben quedar claramente delineados en la Sentencia Definitiva por los señor (e) (a)s jueces de familia, como corolario de la actividad procesal instaurada, con motivo de la negativa al reconocimiento voluntario de filiación paterna oportuna en beneficio de los niños, niñas y adolescentes salvadoreños.

- A la fecha han transcurrido veinte años del aparecimiento de la jurisdicción familiar en El Salvador, los más beneficiados justamente de este esfuerzo legislativo y social han sido definitivamente los hijos y sus respetables madres que tuvieron la dicha de litigar en un modelo de justicia familiar exitoso en materia de filiación extramatrimonial, aunque vale la pena reconocerlo en estas líneas que ese éxito ha estado plagado de lágrimas, injustas denuncias y esfuerzos de hombres y mujeres de

valor que se echaron la “historia al hombro” y a quienes la vida les pagara con creces su entrega y tenaz esfuerzo por los más necesitados de nuestra patria, vaya entonces ese reconocimiento desde el humilde motorista y ordenanzas que a diario apoyan la labor del Juzgador de primera y segunda instancia, a las arduas jornadas de capacitación de colaboradores judiciales y profesionales de equipos multidisciplinares nombrados en cada Juzgado que olvidándose de su auto cuidado se han dedicado a la labor de fortalecer el seno de las familias de su país, principalmente de aquellas familias que tristemente llamamos de manera científica “disfuncionales”, igualmente a todos los Secretarios Judiciales que se esfuerzan en un liderazgo invisible para que se garanticen la armonía y buen gobierno en cada unidad judicial en la búsqueda de un gerenciamiento que recree senos de respeto y amistad entre todos los compañeros abogados con los que hemos “crecido juntos” en los tribunales de familia del país; por supuesto también a esta altura del crecimiento de la jurisdicción y su desarrollo jurisprudencial es relevante reconocer la importancia que han tenido en su protagonismo durante este tiempo los señores Procuradores de Familia adscritos, generación de la cual forme parte en mi segundo hogar-laboral la Procuraduría General de la República, quienes igualmente han hecho alianzas con la justicia salvadoreña en la lucha por los niños, niñas, adolescentes, fortalecimiento de las familias y la protección del adulto mayor; injusto sería no referirme en este humilde libelo a la labor de capacitación permanente que al conglomerado judicial del seno del componente humano que aplica la justicia familiar ha desarrollado por veinte años la ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL DE EL SALVADOR quien desde su seno con los diferentes plenos de concejales de la judicatura han creído en esta Judicatura que no los ha defraudado y ha hecho admirables e importantes esfuerzos por brindarnos capacitaciones de alto nivel por especialistas extranjeros y nacionales de las más importantes temáticas de la materia, generando con ello una competencia profesional vinculante que ahora nos permite ostentar un legado importante que se ha transformado en una herramienta de formación universitaria para nuevas generaciones, más allá de nuestras limitantes humanas el más válido fruto es el conocimiento para implementar todos los recursos posibles para resolver de manera funcional tareas judiciales en contextos determinados.

Es trascendental ante el avance productivo y medible que la jurisdicción familiar ha realizado a la fecha, que nos preguntemos: ¿Cuáles son los retos a considerar en los lustros venideros para esta materia? En la actualidad la familia salvadoreña emerge frente a realidades sociales distintas a los reclamos tradicionales, la generación de un mapa mental focalizado en la complejidad de la globalización que haga una lectura viable del caos social nos lleve a un orden es una lectura obligatoria para el legislador moderno en la que la justicia debe ser protagonista real, los paradigmas familiares son de otra lógica histórica en atención a los contextos de respuesta familiar a la limitante que genera el flagelo de la pobreza tales como la galopante detención fronteriza de migración infantil y sus eventuales procesos de repatriación masiva con los consecuentes resultados de su responsables paternos que autorizaron ilegalmente su egreso patrio; posiblemente surja la discusión teórica concreta de la reconceptualización de familia a la luz de lo que sucede en la realidad social y con ello sus retos procesales al derecho de familia; seguramente nuevos modelos filiatorios reconocidos directamente por nuestra legislación y no solo a nivel doctrinal, a la luz de los avances tecnológicos relativos a la fecundación in vitro, verbigracia establecimiento pecuniario del daño moral en la filiación extramatrimonial originada por fecundación in vitro ante la irresponsabilidad paterna de los hijos concebidos por voluntad procreacional.

DE PADRE PARA HIJO: EL DERECHO A LA PATERNIDAD COMO EJERCICIO DE LA CIUDADANÍA

*Rogério Magnus Varela Gonçalves**

SUMARIO

1. Introducción; 2. ¿Son los derechos reproductivos monopolio de las mujeres?; 3. Padre: agente de deberes y derechos; 4. El derecho fundamental de ser padre, como consecuencia del derecho a la vida; 4.1. El proyecto parental como libre desarrollo de la personalidad; 4.2. El principio de igualdad entre hombres y mujeres en las relaciones familiares; 4.3. Renuncia al derecho fundamental de la paternidad; 4.4. Enfrentamiento de derechos fundamentales: la libre disposición sobre su propio cuerpo (el derecho a no ser madre) frente al ejercicio del derecho fundamental de la paternidad; 5. La pérdida de la oportunidad de ser padre; 6. La planificación familiar como decisión conjunta; 7. Consideraciones finales; 8. Referencias

1. Introducción

Durante muchos años, especialmente en los países occidentales, se ha descuidado el papel del padre en las decisiones relacionadas con la aparición de un nuevo ser humano.

Se formó una especie de cúpula alrededor de los hombres, ya que sólo a la mujer cabría definir si seguir con el embarazo o realizar una interrupción voluntaria de este (eso, legalmente, en los países donde el aborto ya no está tipificado como delito, como en España¹ y encubiertamente en países como Brasil², donde el aborto sigue siendo postulado como un hecho típico y antijurídico).

*. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Coimbra. Máster en Derecho Público por la Universidad Federal da Paraíba. Profesor del Centro Universitario de João Pessoa (UNIPE), Abogado, Brasil. Dirección electrónica: rogervarela@bol.com.br.

1. El aborto es permitido en España desde el año 2010. La posibilidad de aborto estaba condicionado al tiempo de la gestación, la regla es que la permisión se daría hasta la semana 14 y en casos de malformación fetal se ampliará esta posibilidad a 22 semanas. La legislación española también indicó que en los casos de gravedad el aborto podría ocurrir en cualquier momento durante el embarazo, desde que hubiese una evaluación y aprobación de un comité de ética. Se sabe que el actual gobierno español tiene el objetivo de hacer una nueva discusión sobre el tema.
2. El actual Código Penal de la República de Brasil trata del aborto entre los artículos 124 a 128, considerándolo como un crimen contra la vida humana.

Cabe señalar que existe una razón para el apartamiento masculino de la temática alusiva al aborto. Han sido muchos los movimientos feministas que consiguieron consolidar el entendimiento de que si el útero (cuerpo) es de la mujer, solamente ella podría elegir y decidir a respecto de la continuidad o no del embarazo. Se creó un movimiento de madres libres.

Sólo para ilustrar las afirmaciones anteriores, es importante recordar que Hillary Clinton, Secretaria de Estado de los Estados Unidos de América durante su declaración en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20), levantó la bandera de la unidad femenina en las cuestiones relacionadas con los derechos reproductivos de las mujeres. Incluso, llegó a decir que deben ser asegurados los derechos reproductivos de las mujeres. Añadió también que las mujeres deberían tener el derecho de decidir si quieren y cuándo tener hijos. Concluyó afirmando que el país que representa trabajará para asegurar que tales derechos sean incluidos en los acuerdos internacionales y aplicados por las distintas naciones del mundo.

La defensa política anteriormente citada también recibe contornos legales. Para Siegel, supuestamente en defensa del canon de la igualdad constitucional de género, y teniendo en cuenta los derechos reproductivos, el control sobre cómo y cuándo ser madre es crucial para la situación y el bienestar de las mujeres, sea considerada de forma individual, o tomada como una clase. Ella defiende la tesis de que la maternidad y la paternidad conllevan una fuente de identidad y sustento de la vida. Sin embargo, asegura que la diferenciación de roles entre los géneros trae consecuencias económicas negativas para las mujeres, ya que deberían dedicarse a cuidar de los demás y de sus bienes, quedándose fuera del mercado de trabajo y dependiendo de sus compañeros o del propio Estado³.

El presente estudio, lejos de intentar menospreciar la importancia de las mujeres en el proceso de concepción de las nuevas generaciones, cuestiona si es correcto el tratamiento de desprecio que se da a los padres. ¿Pueden

3. SIEGEL, Reva B. "Argumentos basados en la igualdad de género en favor de los derechos reproductivos: fundamentación crítica y evolución de la expresión constitucional". In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. pp. 277/303.

los hombres ser eliminados de la decisión del nacimiento de una persona? ¿Sus deberes sólo se darían respecto a los hijos que las mujeres aceptasen conceder la participación del hombre? ¿Se afronta o no a la primacía constitucional de la dignidad humana de los hombres cuando son relegados a un segundo plano respecto a este tema? ¿Sólo hay una manera de abordar a este problema? ¿Cuándo el hombre consiente, por acto comisivo u omisivo, o lucha para impedir que la mujer promueva el aborto (inhibiendo su deseo de ser padre), estaremos o no delante de una renuncia a un derecho fundamental (el de ser padre)? ¿Es posible conciliar los intereses de los dos agentes de la concepción?

Estas líneas iniciales traen la temática que será abordada buscando responder a los cuestionamientos anteriores.

2. ¿Son los derechos reproductivos monopolio de las mujeres?

Algunos estudiosos del tema han asumido que los derechos reproductivos se refieren únicamente a las mujeres. Incluso, conceptualizan los derechos reproductivos como “los derechos de las mujeres en regular su propia sexualidad y su capacidad reproductiva, así como demandar que los hombres asuman la responsabilidad de las consecuencias del ejercicio de su propia sexualidad.”⁴

Este estudio se atreve a discrepar con el monopolio femenino cuando se trata de los derechos reproductivos. Pensar que sólo las mujeres tienen derechos reproductivos es afirmar que el hombre no es más que un mero objeto utilizado por las mujeres para conseguir sus propios derechos reproductivos. Convirtiendo al hombre en objeto ya que el mismo se reduciría a un mero auxiliar y a la observancia de los derechos de las mujeres, el de ser madre. Sería aminorar al hombre a un mero proveedor de material biológico.

El texto aprovecha la idea de Silva Oliveira para quien los derechos reproductivos se forman a partir de una serie de derechos fundamentales

4. AZERÊDO, Sandra; STOLCKE, Verena (coordinadores). Direitos reproductivos. São Paulo: FCC/DPE, 1991, p. 16.

relativos al libre ejercicio de la sexualidad y la reproducción humana. Para la autora, los derechos reproductivos son el verdadero ejercicio de la ciudadanía y la dignidad de la persona humana y se basan en los valores establecidos por los cánones de la planificación familiar, la intimidad privada, la autodeterminación y la igualdad.⁵

El adecuado sería una conceptualización inclusiva sobre los derechos reproductivos, que abarcase también a los hombres, a fin de eliminar el pensamiento exclusivo y excluyente que sólo las mujeres estarían dotadas de estos derechos. Por otra parte, la inserción masculina hace honores al principio de la igualdad de género, ampliamente celebrado en la actualidad.

Otro tema que debe ser llevado en consideración, y que también es contrario al monopolio femenino respecto a los derechos reproductivos, radica en el hecho de que cuando una mujer promueve el aborto (incluso contra la voluntad o por la ausencia de información del futuro supuesto padre) no sólo elimina su carga genética. También elimina la carga genética de otro (del hombre), ambas utilizadas para la concepción de un nuevo ser (con carga genética propia).⁶

Con base en lo anterior, se concluye este tópico afirmando que los hombres tienen mucho que ver con los derechos reproductivos de las mujeres con las cuales se relacionan, de la misma manera que las mujeres tienen derecho a ser escuchadas y tomadas en consideración con respecto a los derechos reproductivos de los hombres con que mantiene un relacionamiento sexual.⁷

-
5. OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. "La familia homoafetiva y la garantía de parentalidad". In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (coordinadores). *Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças*. São Paulo: Editora Verbatim, 2012. pp. 165/181 (interés especial pp. 166/167 y p. 179).
 6. Hay que registrar, por respecto a la dialéctica, que las feministas defienden que a pesar de que sea una carga genética ajena (del hombre) hubo una donación en el momento de la eyaculación. Por ser material genético donado, la mujer tendría total dominio de lo que hacer con ello (pudiendo incluso despreciar lo que recibirá), una vez que el esperma, como fluido humano, ya ingresara en su patrimonio jurídico.
 7. Veán aquí una respuesta a un interesante y provocativo texto feminista: SIQUEIRA, Maria Juracy Toneli. "Saúde e direitos reprodutivos: o que os homens têm a ver com isso?". In: *Estudos feministas*. Ano 8 (primer semestre), 2000. pp. 159/168.

3. Padre: agente de deberes y derechos

Los hombres han sido instados a asumir la responsabilidad por su paternidad. Nada más correcto. La pregunta que se plantea es que si estos deben asumir sus deberes, también parece justo que además puedan tener derechos en relación a la reproducción y en cumplimiento de un proyecto parental guiándose por el principio de la paternidad responsable.

Entre los derechos y deberes que se refieren a la paternidad, hay indudablemente una premisa fundamental: la conquista de la situación jurídica de ser padre. Muchos son los hombres que sólo pueden ejercer su paternidad a través de la adopción, ya sea por falta de compañeros del sexo opuesto, ya sea como resultado de la impotencia de tener relaciones sexuales, o la incapacidad para generar, especialmente en las formas de radicales de azoospermia (ausencia de espermatozoides) o de necroespermia (presencia de espermatozoides sin actividades)⁸.

Para lograr el deseo de ser padres y con excepción de los casos de adopción, es necesario que la mujer lleve el embarazo hasta el final. Así, como agente de derechos y deberes, el presunto padre sería considerado para la decisión sobre el nacimiento, no es razonable que las mujeres puedan, de manera unipersonal, decidir por el aborto, ignorando la opinión de su compañero de concepción.

El texto sostiene que debemos tomar en serio la opinión del agente masculino de la procreación en caso de continuación o no el embarazo. El embarazo no es sólo de la mujer, sino de la pareja. Lo que diferencia a los géneros es el hecho de que es en el interior del cuerpo de la mujer que el feto encuentra un hábitat adecuado para su desarrollo. El hijo, como resultado del embarazo, es de los dos, razón por la cual no se puede apartar al hombre de la decisión sobre la continuidad del embarazo. En otras palabras, él tiene el derecho a ser oído y su opinión no puede ser menospreciada cuando se trata del aborto.

8. Para los que quieran profundizar el estudio acerca de la paternidad, véase: OLIVEIRA, Guilherme de. Criterio jurídico da paternidade. Coimbra: Almedina, 2003.

La línea defendida en este estudio, aunque tímidamente, fue inserida en el mensaje enviado por el Presidente de Portugal ante el Parlamento el 10 de abril de 2007, durante la transformación, por el Decreto Ley nº 112/X, que reguló la exclusión de la ilicitud en los casos de aborto en Portugal.

En aquel comunicado, se preservó la participación masculina en la decisión. De hecho, se recomendó que el aborto debiera ser precedido por un periodo de reflexión, con el acompañamiento de médicos, psicólogos y asistentes sociales. El Presidente dijo *“parece razonable que el progenitor masculino pueda estar presente en la consulta obligatoria y en el acompañamiento psicológico y social durante el período de reflexión”* sobre la continuidad o no del embarazo. El Presidente, sin embargo, resguardó que la participación masculina no tendría el poder para inhibir cualquier decisión femenina sobre el aborto, ya que a la mujer cabe la última palabra sobre la interrupción voluntaria del embarazo.

El trabajo aquí desarrollado cree que la presencia masculina no debería ser una mera formalidad. El hombre (como futuro padre) debería, como agente de derechos y deberes, tener sus opiniones escuchadas con la misma dignidad y respeto que las opiniones de la mujer (como futura madre).

4. El derecho fundamental de ser padre, como consecuencia del derecho a la vida

El derecho a la vida es un derecho con muchos desdoblamientos, densificaciones y significados. Implica no sólo la cuestión biológica. Entre las densificaciones está el derecho a tener descendencia. No hay que confundir la afirmación anterior con la idea de que existe un deber de procreación.

El individuo, aunque muerto, puede ser considerado en su historia y memoria. Por otra parte, hay quienes tienen el deseo, a través de los hijos, de proyectar su existencia más allá de su muerte. Anteriormente, el ejercicio de ese deseo debería ocurrir en la propia existencia biológica. Actualmente, existe la posibilidad técnica de retrasar la realización de este hecho para una fecha posterior a la propia muerte. Tanto es así, y como resultado de los avances médicos, el estado actual estado del arte ya permite la generación de un ser después de la muerte de los padres biológicos. Imagínese la mujer que es inse-

minada con el material genético de su esposo que está muerto. El hijo del de cujus sería, en la opinión de Neves Barbas, una especie de herencia física y espiritual, constituyéndose un vínculo entre el ser presente y el que ya no está.⁹

También con la intención de proteger la transmisibilidad de carga vital para las generaciones futuras, en un contexto del derecho, que genera un desdoblamiento al derecho a la propia vida, Capelo de Souza añade que la vida humana está fundamentada en un “flujo de proyección colectivo, continuo, transmisible, que es común a toda la humanidad y presente en cada individuo, como depositario, continuador y transmisor de esta energía vital”¹⁰

En consonancia con el tema resaltado, se debe recordar que Limongi França entiende que el derecho a la integridad física sería uno de los aspectos fundamentales de la personalidad. El autor menciona que en la integridad física está incluido el derecho a la vida. El derecho a la vida, a su vez, comprendería, entre otros, el derecho a la concepción y a la descendencia, el derecho a nacer y el derecho a la planificación familiar.¹¹

Se está delante de una de las más importantes responsabilidades intergeneracionales. La de concebir a las futuras generaciones. Por lo tanto, el derecho fundamental de ser padre es un desdoblamiento al derecho a la vida, así como un elemento esencial para la continuidad de la vida en la Tierra.

4.1. El proyecto parental como libre desarrollo de la personalidad

Además de constituir un desdoblamiento del derecho a la vida, es igualmente innegable afirmar que el proyecto parental se debe al libre desarrollo de la personalidad.

9. Para los que quieran profundizar el tema, véase BARBAS, Stela Marcos de Almedida Neves. *Direito ao património genético*. Coimbra: Almedina, 1998 (especial interesse pp. 129/137). Este estudio no está de acuerdo con la posición defendida anteriormente, ya que no puede ser eliminado del individuo su mayor esencialidad: su carácter individual. Él no puede ser generado para representar a sus antepasados. Además, no puede ser culpado por las acciones de sus antepasados. Aunque le haga recordar a la madre, el padre; el hijo es el hijo nunca será el padre.

10. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 203/204.

11. FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Los derechos de la personalidad, en el entendimiento de Maria Helena Diniz, están dotados de una doble dimensión: los derechos de “la dimensión axiológica, por la cual se materializan los valores fundamentales de la persona, considerada individualmente o socialmente, y la dimensión objetiva, por la cual se materializan los derechos constitucional y legalmente asegurados, llegando a restringir la actividad de los tres poderes”¹². Ellos permiten a una persona defender lo que le pertenece, como la vida, la identidad, la libertad, la imagen, la intimidad, el honor, etc.

En resumen, son derechos destinados a la protección de los seres humanos y que están respaldados por la primacía constitucional de la dignidad humana (inciso III del art. 1º de la actual Constitución Federal de Brasil).

Ingo Sarlet defiende la tesis de que los derechos fundamentales son requisitos y formas de realización del principio de la dignidad humana. Para el autor, quien advierte que no todos los derechos fundamentales son derivaciones automáticas de la dignidad humana, los derechos fundamentales son, por regla general, las explicitaciones de la dignidad humana.¹³ Por lo tanto, la regla es que en cada derecho fundamental hay un contenido o al menos alguna proyección de la dignidad humana.¹⁴

El texto escrito en este estudio parte de la comprensión de que la dignidad humana tiene una difícil conceptualización, siendo posiblemente más fácil sentirla que no definirla. Los derechos fundamentales tendrían la misión

12. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, Volume 1: teoria geral do direito civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 117.

13. Para André Ramos Tavares, en concordancia con el pensamiento del no-purista Ingo Sarlte, no existe un vínculo indisoluble entre la dignidad humana y los derechos fundamentales. No todos los derechos fundamentales serían ramificaciones constitucionales de la normativa contenida en el inciso III del art. 1º de la Constitución Federal. Habría sí una consubstancialidad parcial y no total de los derechos fundamentales en la dignidad de la persona humana. En este sentido, véase: TAVARES, André Ramos. “Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem”. In: Revista brasileira de direito constitucional. n° 4, jul./dez. 2004, pp. 225/240. (interés especial pp. 232 e ss)

14. SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 101.

de dar concreción a la dignidad de la persona humana, ya que estos pueden ser mejor discernidos y evaluados por la sociedad, mientras que la dignidad de los humanos permanece en un plano más abstracto.

Por lo tanto, y en base a la premisa del marco del derecho a la paternidad como un derecho fundamental, debemos concluir que existe un vínculo indisoluble entre los derechos fundamentales, la dignidad de la persona humana y el derecho general de la personalidad con alusión a la paternidad.

El proyecto de ser padre se hace eco en los derechos de la personalidad. Estos derechos, sin ánimo de ser imperativos, fueron objetos de reglamentación propia en el vigente Código Civil de Brasil, específicamente entre los artículos 11 a 21.

Sin embargo, la paternidad y la maternidad no deben ser ejercidos de manera animal o irracional. Al contrario. Debe prestarse atención al mandato constitucional de las responsabilidades de la paternidad. En efecto, la paternidad responsable, en Brasil, es un requisito que figura en el texto de la propia Constitución (7º del art. 226).

4.2. El principio de igualdad entre hombres y mujeres en las relaciones familiares

Las mujeres todavía mantienen una lucha incesante por la compensación sustancial de los derechos. Los logros en este campo, estrictamente legítimas y justas, llegaron acompañados por la simetría de deberes. Tanto es así que el inciso I del art. 5º de la Ley Fundamental brasileña de 1988 estableció que los hombres y las mujeres tienen los mismos derechos y obligaciones en virtud de la Constitución Federal.

Aún en el ámbito constitucional, y como refuerzo de la simetría, es imperativo recordar que el art. 226, 5º es categórico al proclamar que los derechos y obligaciones de la sociedad conyugal serán ejercidos por igual por los hombres y las mujeres.

Por lo tanto, cualquier tratamiento asimétrico entre hombres y mujeres debe tener una base legal, de lo contrario será inconstitucional¹⁵.

El canon en cuestión fue objeto de un refuerzo explícito por parte de la normativa infraconstitucional que reglamenta esta materia. El art. 1.511 del Código Civil de Brasil puntúa que el matrimonio establece la plena comunión de la vida, y respalda la regla de la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges.

De esta forma, ya no se puede defender la tesis de la prevalencia del pater familias, ya no existe una jerarquía entre los cónyuges o entre convivientes. Por lo tanto, no deberíamos hablar de la supremacía de la voluntad de uno sobre el otro, o sea, las opiniones del hombre y la mujer que forman una pareja, deben ser tomadas con el mismo respeto y consideración, ya no es posible dar una importancia de forma automática y a priori de uno sobre el otro.¹⁶

Se trata de difundir las enseñanzas de Miguel Reale sobre el tema, su teoría de que los problemas esenciales se deciden en común, y requieren la colaboración de la mujer en la sociedad conyugal. Para él, una clara refutación al contexto patriarcal que prevaleció hasta la promulgación de la Constitución Ciudadana de 1988, la mujer dejó de ser mera colaboradora y compañera y conjuntamente con su cónyuge o pareja, pasó a tener efectivo poder en las decisiones dentro de la familia.¹⁷ Sucede que el argumento

15. El texto sigue la argumentación de Uadi Lammêgo Bulos, para quien: “El constituyente, al igualar a hombres y mujeres, acató una solicitud buscada por mucho tiempo. Expresó en términos constitucionales las largas luchas contra la discriminación de las mujeres. Al hacer esto garantizó mucho más que la igualdad ante la ley. Garantizó la igualdad de derechos y obligaciones. Así, los hombres y las mujeres, que están en la misma situación, no pueden, sea cual sea el argumento, estar sujetos a cualquier restricción de sus derechos y obligaciones, bajo la pena de violar la manifestación constitucional. Sólo valen las discriminaciones contenidas en la propia Constitución, ej., la jubilación de la mujer con tiempo de contribución menor y edad a menos que la del hombre (art. 40, § 1º, III, a e b)”. BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 111.

16. En este sentido MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. *O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável*. Tese de doctorado policopiada. São Paulo: PUC-SP, 2008. p. 140.

17. REALE, Miguel. *O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 107.

explicitado (las decisiones conjuntas), también sirve como lastre para la inserción del hombre en la refutación del eventual deseo de la mujer sobre la continuación del embarazo.

4.3. Renuncia al derecho fundamental de la paternidad

Nos preguntamos si es posible caracterizar a la situación de un hombre que quiere ser padre y que se relaciona con una mujer que no desea ser madre como una renuncia al derecho fundamental de la paternidad.

En un principio, hay que señalar que durante muchos años el tema de la renuncia a los derechos jus fundamentales estuvo poco afrontado, ya que se entendía que estos derechos serían inalienables. La doctrina constitucional, respecto a estos derechos, afirmaba que podrían incluso no ser ejercidos, pero la falta de su ejercicio no sería suficiente para establecer la admisibilidad de su renuncia.¹⁸

Más recientemente, parte de la doctrina brasileña comenzó a admitir la renuncia a los derechos fundamentales tal y como Pedro Augustin Addamy infiere, donde la renuncia a un derecho fundamental sería una situación definida por ley, en la cual el titular del derecho fundamental renuncia expresamente a ciertas posiciones o reclamaciones legales garantizadas por la ley fundamental, o bien consiente que el Poder Público limite o interfiera con mayor intensidad, durante un cierto período de tiempo y siendo revocable a cualquier momento, hacia un beneficio legítimo y proporcionado, directo o indirecto, personal o colectivo¹⁹.

Sin la intención de no respetar al concepto anterior, este se acerca más a una definición de la restricción de los derechos fundamentales que no a su renuncia. Se llega a tal conclusión debido a la mención de un elemento normativo que limita al derecho jus fundamental.

18. En este clásico, véase: SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 60.

19. ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 58.

Más acertadamente parece ser la perspectiva de renunciabilidad defendida por Jorge Reis Novais. Según él “de la dignidad de la persona humana y el principio de la autonomía y de la autodeterminación individual - que integran y dan forma de alguna manera a todos y cada uno de los derechos fundamentales – resultan el poder del titular en tener esta ventaja, incluso de debilitarla, esto cuando espera conseguir beneficios que de otra manera no los conseguiría. En este sentido, la renuncia es también una forma de ejercicio del derecho fundamental, ya que, por un lado, la concreción de un derecho fundamental incluye, en cierta medida, la capacidad de disponer de él, incluso hacia su limitación, desde que se trate de una verdadera expresión del derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad individual, ya que, por otro lado, mediante la renuncia el individuo persigue la consecución de objetivos e intereses propios que él considera más relevantes que los objetivos alcanzables a través de un ejercicio positivo del derecho”²⁰.

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que el hombre elija renunciar a su deseo paterno en a favor de la continuidad de la relación con su esposa (ya que este considera más importantes para su vida personal seguir con el relacionamiento) que no quiere darle descendencia, hay que concluir que él está renunciando (al menos momentáneamente²¹) a su derecho fundamental de paternidad.

4.4. Enfrentamiento de derechos fundamentales: la libre disposición sobre su propio cuerpo (el derecho a no ser madre) frente al ejercicio del derecho fundamental de la paternidad

Es posible que la cuestión planteada (el hombre que quiere ser padre y la mujer que no quiere ser madre) sea analizada a la luz del enfrentamiento de derechos fundamentales?²² El problema surge cuando por un lado hay el

20. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 235.

21. La transitoriedad a que se hace alusión surge de la propia dinámica de la vida, la pareja puede separarse, el hombre puede llegar a enviudar, estando libre para ejercer su derecho a la paternidad con una nueva compañera en el futuro.

22. Sobre el enfrentamiento a los derechos fundamentales, véase: GUERRA, Sidney. *Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007 e TOMÁS DE DOMINGO. *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001

derecho fundamental de decisión de la mujer sobre su cuerpo²³ (el derecho a no ser madre) y por otro lado existe el derecho fundamental a la paternidad (el derecho a ser padre).

Por lo tanto, parece inevitable desarrollar un enfoque conceptual de lo que viene a ser el enfrentamiento de derechos fundamentales.

No se puede olvidar que el enfrentamiento de derechos fundamentales es una especie del género: enfrentamiento de derechos. Las antinomias, a su vez, son contradicciones que ocurren cuando las normativas producen consecuencias divergentes para el mismo hecho, es decir, cuando, delante del mismo hecho, se encuentran dos órdenes que se oponen y no pueden ser realizadas al mismo tiempo. Los derechos fundamentales, considerados específicamente, establecen principios, aún cuando enunciados por medio de formulaciones precisas. Por lo tanto, las antinomias relativas a normas fundamentales de derecho, son así, enfrentamientos de principios²⁴.

Roberto Barroso entiende que el enfrentamiento de los derechos fundamentales se plasma en un fenómeno contemporáneo imposible de resolver de manera abstracta, permanente y completamente dissociado de las características del hecho concreto, salvo que estuviera constitucionalmente expreso. Indicando que el legislador no estaría impedido de tomar una decisión, con la intención de resolver el conflicto. Mientras tanto, sostiene la teoría de que las decisiones infra-constitucionales del legislador estarían sujetas a un doble control de constitucionalidad: lo que en teoría se procesa, considerándose únicamente los enunciados normativos involucrados, y luego otro, desarrollado frente al hecho con-

23. NETO, Luísa. O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004. (interés especial pp. 601/639).

24. El texto sigue las lecciones dictadas por PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. (interés especial p. 223).

creto y del resultado que la incidencia que la normativa produce en la hipótesis²⁵.

El enfrentamiento de derechos fundamentales podría ser caracterizado por el conflicto entre normativas contemporáneas y de idénticas jerarquías (que tiene el efecto de apartar a dos criterios clásicos de la superación de la antinomia: el de la historicidad y de la jerarquía de las normativas); son conflictos que surgen en concreto y son antinomias eventuales (del tipo parcial-parcial, en la terminología de Alf Ross).

Para superar el enfrentamiento sería aconsejable hacer una valoración técnica de la ponderación de los intereses. Siempre que sea constatado un conflicto legítimo de intereses, la ponderación de intereses²⁶ busca el mejor equilibrio posible entre los principios confrontantes. No estaría inadecuado afirmar que la ponderación pueda ser descrita como una técnica de decisión propia para los casos difíciles, sobre los cuales el razonamiento tradicional de la subsunción no es adecuado²⁷.

Hay que mencionar, recordando a Gomes Canotilho, que las ideas de ponderación (*Abwägung*) o de equilibrio (*balancing*) se producen en todas partes donde hay una necesidad de buscar en el derecho la solución de tensión (*Ossenbühl*) entre los bienes jurídicamente protegidos²⁸.

La doctrina ha desarrollado dos maneras principales de resolución para los casos en que hay un aparente choque entre los derechos fundamentales, a

-
25. BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. *Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto*. Salvador: Editora Jus Podium, 2007. pp. 97/136 (interés especial p. 105).
 26. Los que quieren hacer un estudio específico sobre el equilibrio de intereses no pueden dejar de leer NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. pp. 639/725.
 27. BARCELLOS, Ana Paula de. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 49/118 (interés especial p. 55).
 28. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. (especial interesse pp. 1236/1237)

saber, el acuerdo práctico y la dimensión de peso o importancia (también nominada por la doctrina constitucional estadounidense²⁹, de posición preferencial - preferred position).

Gomes Canotilho, el estudiar la primacía del acuerdo práctico, lo hace en asociación con el precepto de la especificidad, afirmando que “las relaciones de complementariedad, de condicionamiento y superposición entre los principios estructurales que explican el significado de la especificidad y acuerdo práctico: la especificidad (contenido, extensión y alcance) propia de cada principio no requiere el sacrificio unilateral de un principio respecto a los demás, apunta hacia una armonía, a fin de obtener la máxima efectividad de todos ellos.”³⁰

Desde la dimensión de peso o importancia, siendo otro criterio movilizado para hacer frente a eventuales enfrentamientos normativos (a partir del paradigma de equilibrio de intereses), parte de la afirmación de que las normativas-principios se diferencian de las normativas-reglas, ya que éstas se orientarían en la lógica del todo (cumplimiento total) o del nada (falta de cumplimiento total al orden normativo).

Para corroborar lo que fue dicho transcribimos un breve pasaje del pensamiento de Dworkin cuando dice que los principios *“tienen una dimensión que no es propia de las normas jurídicas: la dimensión de peso o importancia. Así que cuando se entrecruzan varios principios, quien solucionará el conflicto debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno de ellos (...). Las reglas no tienen tal dimensión. No se puede decir que una de ellas, dentro del sistema de regulación, es más importante que otra, de modo que en caso de un conflicto entre estas, prevalece la de mayor peso. Si dos reglas entran en conflicto, una de ellas no es válida.”*³¹

29. Véase, acerca de la doctrina constitucional en los Estados Unidos de América de la posición preferente, FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996.

30. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003. pp. 1186/1187.

31. apud ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999. p. 65.

El punto de intersección de las dos corrientes citadas anteriormente es el hecho de que el principio de proporcionalidad sería utilizado como una meta-principio en el intento de preservar tanto como sean posibles los preceptos constitucionales en comparación o confrontación. Se harían concesiones parciales con el fin de usar, incluso con templanza, los dos derechos fundamentales (que son los principios, como mandamientos de optimización) en confrontación.³²

Considerando la propuesta del presente estudio y lo que aquí ya fue discutido, se defiende la tesis de que no existe un conflicto real de los derechos fundamentales, sino una apariencia de conflicto, sobre todo teniendo en cuenta que el individuo del sexo masculino tiene la posibilidad de ser padre aun sin el consentimiento de su pareja (y sin que la fuerce a que sea madre).³³

En efecto, la posibilidad de filiación monoparental refuta la colisión de los derechos considerados fundamentales. El hombre puede hacer uso de la adopción, así como la sustitución de la madre (popularmente conocido como madre de alquiler). Además, ahora en un contexto biparental el hombre puede poner fin a su relación y pasar a relacionarse con otra mujer que también quiera tener hijos. Por último, otra forma de salir del impase es una vez terminado el periodo de gestación, la entrega del niño para el padre, sin que exista cualquier tipo de participación de la mujer en el desarrollo del niño. La mujer renunciaría a su derecho a la maternidad, sin limitar el derecho del hombre a ser padre.

5. La pérdida de la oportunidad de ser padre

La ausencia de consulta al padre sobre la decisión del aborto se puede enmarcar como la pérdida de la oportunidad de ser padre, siendo posible solicitar, a la mujer, la responsabilidad por los daños civiles causados.

32. Conferir: STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

33. Se llega a esta conclusión, teniendo en cuenta la siguiente lección: “Siendo un organismo regulador necesariamente armonioso y coherente, la Constitución debe tener en la interacción de sus normas un marco de convivencia pacífica, permitiendo que los derechos y valores, al parecer, antinómicos sean de igual manera reconocidos y prestigiados”. GARCIA, Emerson. Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 531.

De la ley francesa, la teoría de la pérdida de una oportunidad surge cuando hay la sustracción de una futura posibilidad de obtener un beneficio, o bien para cuando se pueda evitar daños o perjuicios. La pérdida de una oportunidad consagra la posibilidad de indemnización de ciertos daños, es perfectamente aplicable en la órbita de las relaciones familiares.

Este estudio acompaña el pensamiento de Cristiano Chaves de Farias y Nelson Rosenvald. Los dos autores abogan la tesis de que sea considerado una pérdida de la posibilidad en el caso del aborto sin la información o el consentimiento del otro progenitor, a fin de frustrar la paternidad.³⁴

Mientras tanto, se debe tener en cuenta que la pérdida en cuestión no es definitiva. Se configura como la pérdida de una oportunidad específica, ya que puede haber la realización del deseo de la paternidad en las siguientes hipótesis: en el futuro, con la misma mujer; el hombre puede adoptar a un niño; la paternidad puede darse con una madre de sustitución³⁵ o bien con otra pareja sexual.

Mucho más grave sería la situación de la intervención médica errónea que imposibilitase la reproducción masculina, dejando sólo la adopción como medio de acceso a la paternidad.

El estado de transitoriedad o de permanencia en el impedimento o dificultad de llegar a la paternidad será tomada en cuenta por el Poder Judicial en el caso de reclamación de indemnización formulada por el padre.

Otro aspecto que no se puede olvidar es que estamos frente a un futuro estudio de las probabilidades. La pérdida de una oportunidad hace co-

34. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. p. 81.

35. A lo largo de este estudio se utilizarán sinónimos de los términos “madre portadora” y “madre sustituta”, aunque algunos hacen la siguiente diferenciación: una madre portadora sería la que recibe el óvulo ya fecundado. Una madre sustituta es la que se insemina con espermatozoides. Por lo tanto, en este caso ella también proporcionaría un elemento fertilizante personal e indispensable para la concepción (el óvulo para ser fertilizado). Véase a respecto BARBAS, Stela Marcos de Almedida Neves. *Direito ao património genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 145.

rrelación con algo futuro e incierto. Sin embargo, probable. Por lo tanto, si la madre promueve, incluso sin el consentimiento y conocimiento del progenitor, un aborto en el caso de inviabilidad fetal, parece inadecuada su condenación civil, aunque el bien jurídico tutelado (tornarse efectivamente padre) no pueda ser alcanzado. En los casos en que se compruebe la viabilidad de vida exterior del embrión, el daño debe ser arbitrado llevándose en consideración el grado de probabilidad de un embarazo exitoso y por lo tanto de la paternidad.

6. La planificación familiar como decisión conjunta

La Constitución Federal vigente permitió la defensa al derecho a la planificación familiar, en algunas doctrinas civilistas de Brasil. Esta disposición fue objeto de densificación infra constitucional, cuando apareció de la Ley n° 9.263 del 12 de enero de 1996, normativa que establece la planificación familiar como un derecho a todos los ciudadanos. Esta normativa entiende la planificación familiar como un conjunto de acciones de regulación de la fecundidad, de modo que se garantice la igualdad de derechos de la constitución, la limitación o el aumento de la descendencia por la mujer, por el hombre o la pareja. La participación del gobierno en la planificación familiar debe ser de naturaleza informativa y no coercitiva, solamente orientándoles para “acciones preventivas y educativas, y garantizando la igualdad de acceso a la información, recursos, métodos y técnicas disponibles para la regulación de la fecundidad”.³⁶

Del mismo modo es inaceptable que los hombres puedan, por sí solos, decidir sobre la planificación familiar, algunas veces, inhibiendo a su esposa o compañera para que realice su sueño de ser madre, parece justo y razonable que tampoco la mujer pueda, de manera individualista, impedir a su esposo o pareja de concretizar su derecho fundamental de la paternidad.

La actual Constitución de la República Federativa del Brasil trata del tema en el art. 226, 7°, afirmando que la planificación familiar se guiará por los principios de la dignidad humana y de la paternidad responsable. La planificación familiar debe ser de libre elección de la pareja, y al Estado le cabe sólo promover el acceso a los recursos educativos y científicos para el

36. LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 197.

ejercicio del mencionado derecho, siendo repudiada cualquier coacción, tanto por parte de las instituciones estatales como particulares.

Por lo tanto, sigue siendo innegable que la decisión respecto a la planificación familiar debe ser el resultado de un diálogo entre el hombre y la mujer y no de un monólogo de ella (excepto en los casos de familias monoparentales). Además, entre las resoluciones de la pareja no hay espacio en la actual legislación brasileña (que tipifica el aborto como un crimen) para elegir sobre la continuación o no de un estado de embarazo ya establecido.

Este entendimiento, fruto del respeto a la primacía constitucional de la legalidad, es también transmitido por Pereira Júnior para quien “la pareja puede planificar una y otra vez, nuevos hechos pueden imponer la rectificación de los proyectos, como ocurriría en caso de un posible embarazo no deseado. En este caso, la planificación familiar significa proveer los medios necesarios para salvaguardar el máximo bienestar de la madre y del niño, y pensar en los pasos que se deben tomar con respecto a la futura composición de la propia familia. No entra en el ámbito deliberativo la posibilidad de abortar ya que los padres no tienen poder legal para quitar la vida de su hijo. Haría parte en esta planificación, el uso futuro de medios temporales o permanente para evitar nuevas concepciones”.³⁷

La decisión sobre la planificación familiar será, a priori, de la pareja (con excepción de las cuestiones monoparentales), no es razonable la imposición masculina a la mujer, así como también no es admisible lo contrario. Esto se debe, entre otras cosas, a los primados de la igualdad entre hombres y mujeres, de la dignidad humana y la paternidad responsable.

7. Consideraciones finales

A partir de las consideraciones anteriores y con el fin de intentar responder a las preguntas que aparecen en la introducción de este estudio, apuntamos las siguientes observaciones finales:

37. PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. “Comentario al art. 226”. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coordinadores). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. pp. 2369/ 2390. (interés especial p. 2383)

- El absolutismo de imaginar que sólo la mujer debe decidir sobre la continuación del embarazo, muchas veces impidiendo que el hombre, su pareja, novio o cónyuge, pueda ser padre, contrasta con la idea de un derecho dúctil. En esta perspectiva, hay que recordar las lecciones de Gustavo Zagrebelsky, para quien el derecho constitucional debe ser flexible y dúctil – delante de la variedad de situaciones y del pluralismo de los universos culturales, éticos, religiosos y políticos - no se puede contemplar la existencia de valores y principios de carácter absoluto.³⁸ Ante esta maleabilidad constitucional, no sería suficiente una respuesta a priori, lista y terminada para todas las situaciones. Habría que examinar el caso en concreto y tomar una decisión tópica y puntual, teniendo en cuenta los aspectos específicos de cada relación jurídica librada entre los agentes de la procreación. A partir de este mismo razonamiento, no se puede poner en el mismo plano la decisión de una mujer en interrumpir el embarazo, teniendo una relación amorosa con un hombre (su esposo, novio o amante) y la decisión de otra mujer que es, mediante contrato, madre de sustitución, con el fin de frustrar al hombre (el contratista) que quiere tener descendientes, pero no quiere comprometerse con alguien del sexo opuesto.³⁹
- Existirían dos posiciones jurídicas favorables a la finalización del embarazo con éxito, la del padre y la del niño por nacer. Por otro lado, apenas sería posible incitar una posición contraria, ya que esta sería antijurídica en la legislación brasileña. Por lo tanto, la continuación del

38. ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 5 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. (interés especial pp. 14 e seguintes).

39. Encontrase entre las motivaciones legítimas tradicionales de la maternidad por sustitución la infertilidad femenina, la transmisión de enfermedades genéticas y el riesgo de muerte para la mujer. Vera Raposo lista otras motivaciones para la contratación de una madre sustituta: la mujer que no quiere quedarse embarazada por temor a poner en peligro su carrera profesional, o para preservar su apariencia física (especialmente en los casos en que la persona que se dedica a una actividad que depende del cuerpo para lograr su trabajo, el ejemplo de los atletas de alto rendimiento, actrices y modelos), parejas homosexuales y los hombres que desean tener hijos, pero no desean comprometerse con alguien del sexo femenino. Véase, por todos RAPOSO, Vera Lúcia. De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. (interés especial pp. 19/21). En este estudio añadiría otras hipótesis de la utilización de la madre de sustitución: los hombres que son heterosexuales (y fieles) y la mujer con la cual se relaciona no tiene el deseo de ser madre.

embarazo sería cualitativamente y cuantitativamente superior a su interrupción, ya que los dos intereses protegidos por la ley deben prevalecer sobre la voluntad de la madre.

- En el caso de un embarazo que no es resultado de una violación, y dada la igual dignidad de los hombres (presuntos padres) y las mujeres (presuntas madres), no parece razonable aceptar que la decisión sobre el embarazo sea sólo de la mujer. Realizar un aborto sin el conocimiento y consentimiento del padre, o incluso en contra de su voluntad, es una violencia a los derechos del hombre. El padre, como dijo Pedro País de Vasconcelos, no es un simple aportador de espermia y su intervención en la procreación es tan importante cuanto la de la madre, a pesar de que el embarazo se desarrolle en el vientre materno. Según el autor, si el padre quiere oponerse a la interrupción del embarazo, lo puede hacer en su propio nombre y puede plantear el mismo derecho a ser padre (que es un derecho de la personalidad) y también en calidad de representante legal del hijo, alegando que este tiene derecho a nacer.⁴⁰
- La imposición de la opinión de la mujer respecto al aborto, no se acepta, dada la primacía de la igualdad de género. La normativa constitucio-

40. Véase por todos el interesante texto de VASCONCELOS, Pedro País de. “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coordinadores). Pessoa humana e direito. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 381/409. (interés especial pp. 399/400). El texto lusitano está en desacuerdo con la posibilidad de plantear la tesis de la colisión de derechos fundamentales (el derecho a la paternidad frente a al derecho de la interrupción del embarazo), bajo el argumento de que no existe el derecho subjetivo al aborto. Este argumento parece más válido para los países en que el aborto se considera un hecho típico y antijurídico (delito). Para los que legalizaron su práctica, el argumento citado pierde gran parte de su fuerza. Otro aspecto interesante del estudio es que el autor portugués promueve una tipología de situaciones de paternidad. Hay siete tipos indicados por él, y la participación paterna en la decisión del aborto es inexistente, mayor o menor dependiendo de las circunstancias de cada uno. Las hipótesis son las siguientes: a) el padre ser desconocido. Aunque hay un padre biológico, socialmente este no existe; b) el embarazo es resultado de violencia sexual (violación); c) el embarazo en la adolescencia; d) la madre es casada o vive en “pareja de hecho” y el padre del niño no es el marido o la pareja de la madre; e) la madre es casada o vive en “pareja de hecho” y el niño es hijo de su marido o su pareja; f) la continuación del embarazo puede causar la muerte de la madre o una enfermedad grave e incurable y con malformación congénita del niño; g) el embarazo se termina sin que se produzca o invoque una causa. Este estudio, aunque sin pretender ser exhaustivo, añadiría otra situación que se presenta en la actualidad: el arrepentimiento de la mujer que había sido contratada como madre sustituta también nominado madre portadora (vientre de alquiler).

nal de la simetría hace que la ley considere de forma idéntica al hombre y la mujer, en su esencia humana. Por lo tanto, es rechazable la posición de cualquiera de estos a la situación de mero objeto del otro.⁴¹

- La sustracción judicial sería un mecanismo a tenerse en cuenta, cuando hay una falta de acuerdo a través del diálogo entre un hombre y una mujer por la continuación del embarazo.
- En la situación hipotética de que una mujer no acepte tener hijos, el hombre puede decidir por la madre sustituta⁴² o la adopción con el fin de lograr su proyecto de paternidad.
- Muchas críticas pueden aparecer hacia este estudio por referirse poco a las mujeres. Esta reflexión, estrictamente justa y verdadera, sirve como paradigma para la conclusión de que tampoco es justo olvidar a los hombres.

8. REFERENCIAS

- ✓ ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

41. Seguimos de cerca las lecciones de SOUSA, Rabindranath V. A. *Capelo de. O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. pp. 176/177.

42. Vera Raposo hace una lista de argumentos a favor y en contra de la subrogación de la madre de sustitución. Entre los aspectos negativos de la práctica se incluyen: a) la instrumentalización del niño, b) la instrumentalización de la madre de sustitución c) la maternidad contractual d) efectos adversos para la pareja contratante e) efectos adversos para la institución familia f) la explotación de la pobreza; g) algunos obstáculos morales a la maternidad de sustitución h) La comercialización de la vida humana i) la indeterminación de la paternidad y la maternidad. En cuanto a los aspectos positivos cabe destacar los siguientes: a) el respeto a la autonomía personal y contractual b) La existencia de derechos sobre sus propio cuerpo, c) igualdad entre los ciudadanos, d) el derecho de constituir una familia; e) El derecho a la intimidad y la vida privada; f) el derecho al libre desarrollo personal; g) condiciones que permitan la realización personal de los miembros de la familia; h) el don de la vida.

Veáse por todos: RAPOSO, Vera Lúcia. *De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005 (interés especial pp. 47/88).

- ✓ AZERÊDO, Sandra; STOLCKE, Verena (coord.). Direitos reprodutivos. São Paulo: FCC/DPE, 1991.
- ✓ BARBAS, Stela Marcos de Almedida Neves. Direito ao património genético. Coimbra: Almedina, 1998.
- ✓ BARCELLOS, Ana Paula de. “Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional”. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 49/118.
- ✓ BARROSO, Luís Roberto. “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In: FARIAS, Cristiano Chaves de. Leituras complementares de direito civil: o direito civil-constitucional em concreto. Salvador: Editora Jus Podium, 2007. pp. 97/136.
- ✓ BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição federal anotada. 10ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- ✓ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- ✓ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, Volume 1: teoria geral do direito civil. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ✓ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- ✓ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.
- ✓ FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1996.
- ✓ FRANÇA, Rubens Limongi. Instituições de direito civil. São Paulo: Saraiva, 1994.

- ✓ GARCIA, Emerson. Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.
- ✓ GUERRA, Sidney. Hermenêutica, ponderação e colisão de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.
- ✓ LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- ✓ MAIA JÚNIOR, Mairan Gonçalves. O regime da comunhão parcial de bens no casamento e na união estável. Tese de doutorado policopiada. São Paulo: PUC-SP, 2008.
- ✓ NETO, Luísa. O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo (a relevância da vontade na configuração do seu regime). Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- ✓ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- ✓ OLIVEIRA, Guilherme de. Critério jurídico da paternidade. Coimbra: Almedina, 2003.
- ✓ OLIVEIRA, Maria Rita de Holanda Silva. “A família homoafetiva e a garantia da parentalidade”. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão; NEWTON, Paulla Christianne da Costa (coordenadores). Cidadania plural e diversidade: a construção do princípio fundamental da igualdade nas diferenças. São Paulo: Editora Verbatim, 2012. pp. 165/181.
- ✓ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ✓ PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge. “Comentário ao art. 226”. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord.). Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. pp. 2369/ 2390.
- ✓ RAPOSO, Vera Lúcia. De mãe para mãe: questões legais e éticas suscitadas pela maternidade de substituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

- ✓ REALE, Miguel. O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ✓ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- ✓ SIEGEL, Reva B. “Argumentos baseados na igualdade de gênero em prol dos direitos reprodutivos: fundamentos críticos e a evolução da expressão constitucional”. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. Igualdade, diferença e direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008. pp. 277/303.
- ✓ SILVA, José Afonso da. Comentário contextual à constituição. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- ✓ SIQUEIRA, Maria Juracy Toneli. “Saúde e direitos reprodutivos: o que os homens têm a ver com isso?”. In: Estudos feministas. Ano 8 (primeiro semestre), 2000. pp. 159/168.
- ✓ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- ✓ STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.
- ✓ TAVARES, André Ramos. “Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem”. In: Revista brasileira de direito constitucional. Nº 4, jul./dez. 2004, pp. 225/ 240.
- ✓ TOMÁS DE DOMINGO. ¿Conflictos entre derechos fundamentales?. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.
- ✓ VASCONCELOS, Pedro Pais de. “A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez”. In: CAMPOS, Diogo Leite de; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.). Pessoa humana e direito. Coimbra: Almedina, 2009. pp. 381/409.
- ✓ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. 5ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CAMBIO DE SEXO Y TRANSEXUALISMO EN LA JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA. MÁS QUE UN RETO PARA LA JURISDICCIÓN DE FAMILIA

Cristian Eduardo Palacios Martínez¹

SUMARIO

Noción metodológica. 1. Exordio. 1.1. Binomio de identificación sexual: hombre – mujer. 2. Narración. 2.1. Casos en análisis. 3. Argumentación. 3.1. Conceptos básicos. 3.1.1. Derecho de Familia. 3.1.2. Persona y estado familiar. 3.1.3. El nacimiento natural y legal. 3.1.4. Atributos de la personalidad y la definición del sexo-género. 3.1.5. Juzgados de Familia y diligencias de cambio de nombre. 3.2. Análisis normativo. 3.2.1. Anomia – principio de legalidad por inversión y principio de clausura. 3.2.2. Cambio de sexo: hipótesis y límites. 3.3. Ejecución de sentencias extranjeras. 3.3.1. Normas de estado familiar: extensión personal. 4. Peroración.

Abreviaturas

CC: Código Civil

CF: Código de Familia.

CN: Constitución de la República de El Salvador

CPCM: Código Procesal Civil y Mercantil.

LNPN: Ley del Nombre de la Persona Natural

PN: Código Penal

Noción metodológica

En términos generales, el enfoque de estudio permite conocer cuál es la percepción que el intérprete tiene de la realidad jurídica que investiga (Derecho objetivo, subjetivo, vigente, positivo, público, privado, social; Derecho como hecho, producto histórico, valor, herramienta de clase², instrumento

-
1. Colaborador Judicial, Juzgado Segundo de Familia de San Salvador (Juez 1), San Marcos, San Salvador. Correo electrónico: cristian.palacios@hotmail.com
 2. Se habla del Derecho clasista. Se ha afirmado que el Derecho como orden coercitivo e instrumento específico del Estado, existe sólo en una sociedad dividida en clases an-

de solución de conflictos, por ejemplo). Según el enfoque del Derecho, se establece la orientación teórica (iusnaturalismo, iuspositivismo, realismo jurídico – como reduccionismos jurídicos -, trialismo jurídico³, teorías argumentativas⁴, por ejemplo) empleada para descubrir, interpretar y exponer los datos obtenidos en la investigación, y a su vez, definir el tipo de investigación (jurídica - dogmática formalista o jurídica - histórica sociológica). Los métodos de investigación (analítico, sintético, deductivo, inductivo, analógico - comparativo, sistemático, histórico, dialéctico, intuitivo, entre otros), se determinan por el tipo y los objetivos de la investigación jurídica, y aquellos, a la vez, determinan las técnicas de investigación (encuesta, entrevista, análisis de casos, cuadros comparativos, entre otras).

El enfoque empleado en la investigación que dio lugar al presente trabajo fue eminentemente normativo, con ciertos caracteres axiológicos⁵ y fácticos, que no lo hacen encajar precisamente con los reduccionismos jurídicos; sin embargo, el núcleo de la investigación fue eminentemente jurí-

tagónicas, situación que se da en la etapa de la propiedad privada y en la dictadura del proletariado. Vid. OLASO JUNYEN, Luis María, Curso de Introducción al Derecho, 3ª edición, Publicaciones UCAB, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998, p. 266.

3. Afirma la naturaleza esencialmente triádica del Derecho, que lo identifica con el hecho, valor y norma. Solo existe conducta jurídica en la medida en que ésta se revela factico-axiológico-normativamente, no siendo lícito ni adecuado separar o preferir ninguno de estos tres elementos. Vid. OTERO PARGA, Milagros, Valores constitucionales. Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica, Manuales Universitarios, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1999, p. 17.
4. El Derecho se aprecia como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata de una visión pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del Derecho, pero que no contempla el Derecho como un instrumento que pueda ser utilizado para cualquier fin, sino como un instrumento de la razón práctica. Vid. ATIENZA, Manuel, "El Derecho como argumentación" en AA.VV. Argumentación jurídica, Revista electrónica Isegoria, número 21, 1999, p. 38.
5. Toda regulación del actuar humano implica una elección de valores; por ello, lo normativo está íntimamente ligado a la axiología, es decir, al mundo de los valores. Vid. MARTINEZ MARULANDA, Diego, Fundamento para una introducción al derecho, Colección Erinia, Universidad de Antioquia, Medellín, 2007, p. 41. Los valores son básicos y primarios, las normas son derivadas y secundarias. Las normas son instrumentales para la realización de algunos valores. Vid. VON WRIGHT, Georg Henrik, Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Colección: Cuadernos, Cuaderno 33, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1976, p. 12.

dico-dogmático formalista, reduciéndose a analizar, sintetizar, inducir y comparar la norma, y desde luego, verificar su aplicación a nivel jurisprudencial a través de la comparación y análisis de casos.

Asimismo, se ha empleado el método inductivo, en el que se parte de dos casos particulares (casuística), para aterrizar ligeramente en el quehacer judicial (jurisprudencia), para luego ascender de inmediato a un nivel más abstracto (valores y principios); y así, construir el enlace entre el destino (casuística) con el origen o fuente (Derecho), y de esta manera, analizar la compatibilidad de la resoluciones jurisprudenciales con el sentido del Derecho, es decir, el resultado (jurisprudencia) con el cuadro que lo prevé (ordenamiento jurídico). Finalmente, resta indicar que se trata de una investigación ex post factum y sincrónica, porque es la reacción académica a un fenómeno acaecido en la realidad nacional que se perfila de forma indefinida, pues teniendo un punto de partida no señala un punto de culminación.

Sirva lo anterior para que el lector pueda comprender la perspectiva con la que se intenta exponer la información que ahora se presenta⁶.

1. Exordio

En el marco del vigésimo aniversario de la jurisdicción de familia en El Salvador, se presenta la valiosa oportunidad de desarrollar el tema “Cambio de sexo y transexualismo en la jurisprudencia salvadoreña. Más que un reto para la jurisdicción de familia”, como un acervo teórico que surge de los veinte años de trayectoria y experiencia de la jurisdicción familiar, analizando los desafíos jurídicos que se expresan sobre este tema, con el fin de enriquecer el Derecho de Familia, rama jurídica que en la actualidad tiene una progresión infinita en la dimensión del Derecho Social.

El concepto de transexualismo y todas las ideas que de él se desprenden, con el avance de la teoría del género, la ciencia y la tecnología, representan

6. La información se expone bajo la forma ensayística. Al respecto en ARENAS CRUZ, Elena, “El ensayo como clase de textos del género argumentativo: Un ejemplo de Ortega y Gasset”, en **AA.VV.**, El ensayo como genero literario, Vicente Cervera, Belén Hernández y M^a Dolores Adsuar (eds.), Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 2005, pp. 43-58.

un reto para el Derecho⁷, particularmente, para el Derecho de Familia, y especialmente, para el Derecho de los Derechos Humanos. Veamos de qué se trata.

1.1. Binomio de identificación sexual: hombre – mujer

La estructura jurídica de la República de El Salvador, hasta los albores del Siglo XXI, se ha caracterizado por el predominio del paradigma de la heterosexualidad sobre el de la homosexualidad⁸, y a su vez, sobre el de la transexualidad⁹. El ordenamiento jurídico - positivo¹⁰ salvadoreño reconoce el binomio de identificación sexual de hombre - mujer, lo que obliga a que las personas se definan, conforme a su estructura genotípica y fenotípica, por uno de los dos sexos¹¹.

7. Existe una tendencia de reconsideración y especial protección a las situaciones que involucran al género como un elemento discriminativo y sobrepuesto a la equidad de sexos. Se ha dicho mucho, por ejemplo, de la violencia e igualdad de género, a tal punto que la República de El Salvador incorporó a su entramado jurídico dos leyes con fuerte carga sexista y de género, siendo la primera, la Ley Especial Integral para una Vida Libre de Violencia para las Mujeres (LEIV), y la segunda, la Ley de Igualdad, Equidad y Erradicación de la Discriminación contra las Mujeres (LIED). De igual forma, se habla de la justicia de género, conceptualizada como el final de las desigualdades entre mujeres y hombres, lo que implica tomar medidas para reparar las desventajas que llevan a la subordinación de las mujeres ante los hombres. Vid. AA.VV., Justicia de género, ciudadanía y desarrollo, Traducido al castellano por Cecilia Ávila, Centro Internacional para el Desarrollo y Mayo 1 Ediciones, Canadá, 2008, p. 4.
8. El concepto de homosexualidad deriva del griego homois, que significa igual, no del término homos que significa hombres. Vid. CAUDILLO HERRERA, Carlos y María Antonia CERNA TRUJILLO, Sexualidad y vida humana, Universidad Iberoamericana, México D.F., 2007, p. 94.
9. Esto no significa que la idea de transexualismo sea ajena a la actividad legislativa, que inspirada por los valores generalmente aceptados por un conglomerado humano (sujetos-intereses), en una época (tiempo) y lugar determinado (espacio real o virtual), determina que conductas son reprochadas o toleradas y cuales tuteladas-estimuladas. Precisamente, el artículo 147 inciso 2 PN (1998) establece que el consentimiento exime de responsabilidad penal en los supuestos de (...) cirugía transexual (...). Se comprende que el transexualismo no es fenómeno desconocido por el pensamiento legislativo.
10. La idea de ordenamiento jurídico-positivo corresponde a la noción de ley-formal. La idea de ordenamiento jurídico corresponde al conjunto de normas (ley-formal, jurisprudencia y costumbre) que regulan la conducta humana.
11. Este es el principio de legalidad de los sexos impuesto tácitamente. Esto es así, porque todo el ordenamiento jurídico hace referencia únicamente a dos categorías de identi-

Se espera que los hombres y mujeres así nacidos se identifiquen con el sexo al cual pertenecen; sin embargo, existen seres humanos que no se sienten identificados con el sexo al que legalmente pertenecen, motivo por el que se someten a un proceso médico que altera su estructura física y hormonal, mediante el que adecuan su expresión corporal a su identidad sexual (psíquica); hablamos, entonces, de las personas transexuales. Ahora bien, la identificación sexual no se agota con la auto-aceptación psíquica y física del sexo al que se cree pertenecer, sino que se requiere de un trámite legal que procura adecuar el sexo legal (partida de nacimiento) al sexo real. Hablamos, entonces, de las diligencias de cambio de sexo.

La idea de transexualismo invoca la idea de personas transexuales, provocando que se discuta acerca del derecho a la identidad personal, y como derivado de este, acerca del derecho a la identidad sexual, que a su vez tiene más expresiones, como el derecho a encajar en un estatuto sexual que defina plenamente el estado familiar, a fundar familia heteroparental, a identificarse e individualizarse con un nombre inequívoco respecto del sexo, a la igualdad y no discriminación irracional, a la dignidad humana, a la salud, al uso de instrumentos públicos¹², entre muchos otros derechos fundamentales¹³.

ficación sexual: hombre y mujer. Sin embargo, legislaciones como las de Australia y Alemania han reconocido la existencia de un “tercer sexo” (que considero que no existe, porque el sexo simplemente no está plenamente definido), este es, el de las personas hermafroditas, intersexuales o personas inter-sex. Rompen con la idea de que el sexo se define aun antes del nacimiento.

12. El uso del Documento Único de Identidad, el Número de Identificación Tributaria, el Número de Afiliación del Seguro Social, el Pasaporte, los permisos o licencias para conducir vehículos automotores o portar armas de fuego, el Permiso Temporal de Trabajo, por ejemplo. Y sobre todo, posibilitar la adecuación del sexo legal al real, cuando el sexo que aparece consignado en el título de nacimiento (partida de nacimiento), no corresponde con la realidad extrarregistral que el mismo describe. De tal manera que se ha indicado que las personas transexuales son como inmigrantes indocumentadas en sus propios países. Vid. SANDOVAL, Clara, et. al., Nuestras voces: Lesbianas, gays, bisexuales y trans ante la CIDH. Audiencias temáticas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Como solicitarlas, como prepararse y que presentar, PROMSEX, Lima, Perú, 2012, pp. 14 y 15.
13. Véase DAVENPORT, Allison, Diversidad sexual en El Salvador. Un informe sobre la situación de los Derechos Humanos de la comunidad LGBT, Traducido por Carmen E. Arkins, Clínica legal de Derechos Humanos Internacionales, Universidad de California, Berkeley, California, 2012.

No obstante lo anterior, sobre la base del ordenamiento jurídico-positivo salvadoreño, no existe norma jurídica expresa que posibilite que las personas transexuales puedan adecuar su sexo legal al real¹⁴. Además, el cambio de sexo a causa de transexualismo en El Salvador, no se queda únicamente con la crítica a la omisión legislativa, sino que causa debate en los científicos del Derecho, llegándose al punto de afirmar que por la indisponibilidad del estado familiar las personas transexuales no tienen el derecho de modificar la mención de su sexo fisiológico¹⁵ en los Registros del Estado Familiar, y en consecuencia, de cambiar su nombre.

2. Narración

Posteriormente a la década de los años ochenta del siglo XX, debido a la guerra civil que azotó a nuestro país, algunos salvadoreños abandonaron esta nación y residieron en otras, con culturas completamente diferentes, algunas de ellas que toleran la homosexualidad, y de igual forma, la transexualidad. Este fenómeno de transculturización permitió que salvadoreños satisficieran la necesidad de cambiar de sexo a causa de transexualismo, ya que en aquellos países se les reconoció tal derecho. Lo anterior es corroborado con los casos de transexualismo judicializados en este país.

Después de casi dos siglos desde la independencia de España se han judicializado únicamente dos casos de transexualismo en El Salvador, uno en el año dos mil once, y el otro, en el año dos mil trece. Lo anterior nos hace inferir que, con la apertura a un mundo globalizado en el que la ciencia y la tecnología avanzan a una velocidad muy superior que a la del Derecho, El Salvador se enfrenta a nuevos requerimientos sociales, los que sin duda alguna, por la experiencia de otros países, aumentarían, lo que nos impulsa a comentar sus posibles soluciones jurídicas, antes

14. A pesar que existen normas que prohíben la discriminación por razones de género. Por ejemplo, el Decreto Presidencial número 56 emitido en 2010, prohíbe la discriminación en base a la orientación sexual e identidad de género en la administración pública. Asimismo, con el Decreto Ministerial 202, publicado en el año 2009, se oficializa la erradicación de cualquier tipo de discriminación por orientación sexual en el ramo de salud pública y asistencia social.

15. Vid. **OCHOA G., Oscar E.**, Derecho Civil I: Personas, Publicaciones UCAB, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, p. 284.

de que el Derecho quede totalmente petrificado en el tiempo por no dar atención a este tipo de exigencias.

El cambio de sexo a causa de transexualismo es un fenómeno que se ha expresado en la realidad jurídica salvadoreña a partir de la segunda década de este siglo, como reflejo de la fuerte incidencia de la jurisprudencia internacional, concretamente, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDDHH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDDDH). Se habla de los derechos relativos a la diversidad sexual¹⁶.

2.1. Casos en análisis

Los casos de transexualismo judicializados en El Salvador han sido los siguientes:

Caso (1). En el mes de septiembre del año dos mil diez se promovieron las diligencias de cambio de sexo y de nombre de una persona transexual, ante el Juzgado de Familia de San Miguel, cuya sentencia definitiva fue proveída en el mes de Agosto del año dos mil once, constituyéndose como el precedente judicial que autorizó por primera vez el cambio de sexo de una persona transexual.

El solicitante era una persona salvadoreña perteneciente al sexo masculino, mayor de edad, residente en los Estados Unidos de América, a quien se le había diagnosticado con Síndrome de Disforia de Género¹⁷, según se alegó en las diligencias. Al solicitante se le había autorizado el cambio de nombre (masculino a femenino) por la Corte Civil del Condado de New York de los Estados Unidos de América. Asimismo, en el año dos mil

16. La identidad sexual es el conjunto de características sexuales que nos hacen diferentes de los demás: sentimientos sexuales, preferencias, actitudes, normas, valores, visión personal acerca del ser hombre o mujer, lo que se traduce en masculinidad y feminidad, así como todos los matices que ahí caben. Vid. **CAUDILLO HERRERA, Carlos y María Antonia CERNA TRUJILLO**, *Sexualidad...*, Ob. cit., 96.

17. En la sentencia se hace uso del término “discordia de género”, queriéndose referir al Síndrome de Disforia de Género. Disforia de Género es el término utilizado para designar a la insatisfacción resultante del conflicto entre la identificación de género y el sexo asignado. Vid. **BECERRA-FERNANDEZ, Antonio**, *Transexualidad: la búsqueda de una identidad*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2003, p. 65.

ocho se había sometido a la correspondiente cirugía de reasignación de sexo (masculino a femenino). Por otra parte, en la solicitud se manifestó que el solicitante desde temprana edad sufrió de Disforia de Género o Síndrome de Harry Benjamin, pues desde pequeño se identificó con el sexo femenino, no obstante haber nacido con genitales de una persona del sexo masculino. La solicitud pretendía que se le autorizara el cambio de sexo y de nombre al solicitante, y se rectificara su partida de nacimiento en el sentido de que se consignará que pertenecía al sexo femenino, y a su vez, que se inscribiera su nuevo nombre.

El juez accedió a la pretensión del solicitante con fundamento en su derecho a la identidad, bajo la guía del principio pro homine y de la doctrina internacional de los Derechos Humanos. La sentencia se sustentó, entre otros medios probatorios, en la certificación médica de reasignación de “género” (masculino a femenino), orden de aprobación de cambio de nombre, constancia de antecedentes penales, certificación de reconocimiento médico forense de órganos genitales realizado por el Instituto de Medicina Legal y el correspondiente informe psicosocial.

Caso (2) En el Juzgado Segundo de Familia de San Salvador, en el mes de Marzo del año dos mil trece, se promovieron las diligencias de cambio de sexo y de nombre de una persona transexual, cuya providencia judicial fue dictada el mismo mes de ese año. En esta oportunidad, y en contraste al caso anterior, no se resolvió concretamente la pretensión, pues no existió un pronunciamiento de fondo de la misma, sino que las diligencias se declararon improponibles, por considerar la juzgadora que no era la vía procesal adecuada para sustanciarlas.

El solicitante era una persona salvadoreña perteneciente al sexo masculino, mayor de edad, residente en los Estados Unidos de América, quien había vivido en la República El Salvador hasta su adolescencia, ya que posteriormente emigró a aquel país. En la solicitud, esencialmente, se manifestó que el solicitante en su desarrollo personal se identificó con los conceptos y objetos generalmente asociados al género femenino. Esta persona se había sometido a una cirugía de reasignación de sexo (masculino a femenino). Asimismo, la Corte de Stamford Distrito 135, Estado de Connecticut, de

los Estados Unidos de América, en el mes de febrero de mil novecientos noventa y cinco, autorizó su cambio de nombre en los documentos que le habían sido otorgados en ese país. Este caso presentaba la particularidad de que el solicitante había contraído matrimonio en el extranjero, con una persona del sexo masculino.

La juez consideró que carecía de competencia objetiva para dar el trámite legal a la solicitud de cambio de sexo y de nombre, bajo el sustento de que, existía una providencia judicial dictada por un tribunal extranjero que había resuelto la petición de cambio de nombre del solicitante, motivo por el cual no era la vía procesal adecuada para sustanciar las diligencias de cambio de sexo y de nombre, ya que por el mérito de las pruebas se estimaría o no la pretensión, lo que podría causar sentencias contradictorias entre tribunales de diferentes Estados. En ese sentido, aclaró que lo necesario era que se realizara el examen de procedencia a la sentencia extranjera, a través de la petición de exequátur o auto de pariatas, a efecto de autorizar o no su ejecución en este país. Consecuentemente, la solicitud se declaró improponible por no ser la vía procesal adecuada para sustanciar la petición de cambio de sexo y de nombre.

Debe entenderse que eran similares supuesto de hecho de dos personas diferentes (Casos 1 y 2), que dio lugar a dos solicitudes de cambio de sexo, pero que provocaron dos resoluciones totalmente distintas.

3. Argumentación

Expuestas las peticiones de cambio de sexo a causa de transexualismo que han sido judicializadas en este país, conviene que nos aproximemos conceptualmente a las instituciones jurídicas que rigen los anteriores casos, con el fin de sentar una posición doctrinaria al respecto.

3.1. Conceptos básicos

Las instituciones a conceptualizar son: Derecho de familia, persona, estado familiar, nacimiento, nombre, sexo, género, identidad sexual, Juzgados de Familia y diligencias de cambio de sexo.

3.1.1. Derecho de familia

El Derecho de familia constituye el conjunto de valores, principios¹⁸, normas jurídicas, decisiones judiciales y doctrinas¹⁹ que regulan los efectos de los hechos jurídicos relativos a las personas naturales (nacimiento y muerte), y los actos jurídicos derivados del matrimonio, la unión no matrimonial y el parentesco, como las formas de constituir familia, así como los alcances de esos efectos frente a los actores jurídicos con los que participa la familia en la sociedad.

El Derecho de familia tiene por objeto de regulación las relaciones familiares, así como todas aquellas situaciones que tienen una vinculación, directa o indirecta, con los miembros de la familia entre sí (estado familiar) o con los diferentes agentes sociales, cuando es la situación familiar la que está en juego²⁰. El cambio de sexo a causa de transexualismo está íntimamente relacionado con la idea de estado familiar, esto es, con la calidad

-
18. El Derecho de Familia tiene sus propios principios, tales como: el interés superior de la niñez y la adolescencia, el respeto a los derechos fundamentales, el desarrollo integral, la preeminencia del interés familiar al individual, la preeminencia del interés personal sobre el patrimonial, el fomento del matrimonio, la unidad familiar, la igualdad filial, la igualdad de los cónyuges, la equidad de género, entre otros; sin olvidar los propios principios de algunas instituciones del Derecho de Familia, como los principios de la adopción. Por otro lado, debemos tener en cuenta los principios rectores del Derecho Procesal de Familia (Art. 3 LPF), los principios orientadores de la Procuraduría General de la República como órgano auxiliar de los Juzgados y Tribunales de Familia (Art. 102 LOPGR) y los principios rectores de la Ley Penal Juvenil, como son la protección integral del “menor”, su interés superior, el respeto de sus derechos humanos, su formación integral y la reinserción en su familia y en la sociedad (Art. 3 LPJ). Asimismo, dentro del Derecho de Familia, encontramos principios especiales aplicables en la jurisdicción de la niñez y la adolescencia, como el principio de rol primario y fundamental de la familia, del ejercicio progresivo de las facultades, de igualdad, no discriminación y equidad, del interés superior, de corresponsabilidad, de prioridad absoluta, entre otros (Art. 9 al 14 LEPINA).
 19. Como la doctrina tutelar inspirada en el paradigma de la protección integral de la niñez y la adolescencia, así como la del bienestar social de la infancia. Sobre el bienestar social de la infancia véase **GAITAN MUÑOZ, LOURDES**, “El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños”, en **AA.VV.**, Ventana Jurídica 11, Año VII, Volumen I, Enero-Junio 2014, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, San Salvador, pp. 173-200.
 20. El Derecho de Familia se refiere al conjunto de principios jurídicos y de normas legales concernientes a los estados familiares y a las relaciones personales y patrimoniales que derivan de ellos. Vid. **LÓPEZ HERRERA, Francisco**, Derecho de Familia, 2ª edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 25.

jurídica de los miembros de la familia entre sí, respecto de su estatus sexual con el cual se identifican socialmente.

3.1.2. Persona y estado familiar

El concepto de persona contemporáneamente hace referencia al sujeto revestido de personalidad jurídica por el ordenamiento jurídico, que le faculta para acumular y ejercer derechos, y consecuentemente, desprechar o liberarse de sus obligaciones. En ese sentido, el término “persona” es equivalente al término “sujeto de derecho”. En la actualidad, se es persona por el simple hecho de pertenecer a la especie humana y sobrepasar la barrera del nacimiento legal.

Históricamente, el concepto de persona tuvo una connotación totalmente diferente, en razón de que para ser persona en el sentido que modernamente lo entendemos, no bastaba pertenecer a la especie humana, nacer y reflejarlo al ordenamiento jurídico, sino que se debía cumplir con un triple estado, bajo pena de negarles la calidad de sujetos de derecho a aquellos que no cumplieran con los mismos. Esos estados eran: (1) status civitatis, (2) status libertatis y (3) status familiae²¹.

El status libertatis (jurídico) hacía referencia al hecho de ser libre o esclavo²². El status civitatis (político) se refería, a groso modo, a que los hombres eran civis, latini o peregrine, o más sencillamente, ciudadanos romanos o extranjeros. Por su parte, el status familiae (familiar), indicaba la plena capacidad jurídica que solo tenía el hombre sui iuris. Que el hombre fuera de su propio derecho, o sui iuris, hacía referencia a aquel que no estaba sometido a ninguna de las tres potestades familiares (patria potestad,

21. Para gozar de personalidad era necesario ser libre y no esclavo; ciudadano y no latino o peregrino; jefe de familia y no alieni iuris. Vid. **RODRIGUEZ, Arturo Alessandri, Manuel SOMARRIVA INDURRAGA y Antonio VODANOVIC H.**, Tratado de Derecho Civil: Parte Preliminar y General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 433.

22. De tal manera que en el Derecho Romano, al esclavo no se le reconocía ninguna capacidad legal y no se el consideraba como persona. Vid. **MACKELDEY, Ferdinand**, Manual de Derecho Romano: Que comprende la teoría instituta precedida de una introducción al estudio de este Derecho, traducido por Santa María Eduardo Gómez, Editorial José María Alonso, Universidad Complutense de Madrid, 1847, p. 136.

potestad marital y manicipium), y por ello, gozaba de autonomía o independencia en el campo familiar. En Roma, solo quienes ostentaban los tres status a los que hemos hecho referencia tenían la calidad de persona; por lo tanto, era sujeto de derecho el que reunía la calidad de ciudadano romano, libre y que gozaba de independencia en el campo familiar.

En este orden de ideas, podemos indicar que el término persona deviene de un estado, que en si mismo es la personalidad del sujeto frente al Derecho. La correspondencia entre la idea de estado y persona es la siguiente: el sujeto de derecho tiene para el orden jurídico una posición, situación o estado determinado, frente a otra persona con la que se pretende o mantiene una relación jurídica. Así, al estado civil corresponderá la investidura de ser capaz legalmente; al estado político, la aptitud legal para ser ciudadano; y al estado de familia, la especial habilitación para mantener relaciones de familia, ya sea como hijo, hermano, padre, soltero, casado, divorciado, por ejemplo. Se comprende, entonces, que del estado de la persona frente a los miembros que componen la familia, emergerá el estado familiar

De esta manera, el estado familiar se perfila como la situación jurídica (calidad jurídica) que mantiene una persona frente a su grupo familiar con quienes se une por vínculos jurídicos familiares, de los cuales se desprenden derechos a su favor y deberes en su contra, todos ellos de índole familiar y oponibles a terceros, ya sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial (art. 186 CF).

3.1.3. El nacimiento natural y legal.

El nacimiento es el punto de partida del historial de vida, y para la persona natural significa el inicio de su biografía jurídica²³, que culmina con su muerte. El nacimiento y la muerte son dos momentos que marcan el

23. Idea extraída de **LASARTE ALVAREZ, Carlos**, Compendio de Derecho Civil: trabajo social y relaciones laborales, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 114-127. La biografía jurídica es el registro de aquellos hechos y actos jurídicos que afectan el estado personal y familiar de las personas. Las inscripciones registrales (nacimiento, matrimonio, divorcio, unión no matrimonial, por ejemplo) conformarán la biografía jurídica de los sujetos de derecho.

inicio y el fin de situaciones jurídicas, pero entre estos dos momentos la situación jurídica de la persona en relación a su familia, puede ser afectada por diferentes hechos y actos jurídicos, como los que tienen por objeto crear, modificar o extinguir el estado familiar, de los cuales la ley exige que sean constatados en la biografía jurídica de las personas, como sucede con el matrimonio, el divorcio, la identidad personal (“conocido social”) y el cambio de sexo, por ejemplo.

Cuando la persona natural principia con el nacimiento²⁴, tiene una existencia natural, pues se encuentra delante de un orden jurídico plenamente demarcado y establecido, al cual debe integrarse para obtener su existencia legal. El ordenamiento jurídico tiene vida propia y reina las relaciones intersubjetivas de los diferentes sujetos de derecho. Por lo tanto, a la persona natural no le queda más que aceptar las reglas jurídicas preestablecidas. Le es necesario anunciar al ordenamiento jurídico su existencia natural, para que aquel le reconozca su existencia legal, con la cual se podrá integrar a la vida jurídica que en él impera y desplazarse sobre las diferentes áreas de la existencia en comunidad. La persona natural adquiere existencia legal con la inscripción de su nacimiento en el correspondiente Registro del Estado Familiar.

Con la existencia legal se adquiere la personalidad jurídica²⁵. Entonces, para estar en correspondencia con el ordenamiento jurídico es necesario que la existencia natural sea compatible con la existencia legal, caso contrario, aquel que ha nacido sólo en el mundo natural, y no en el legal, tiene

24. La existencia natural comienza con la concepción, pero el que está por nacer sólo será sujeto de derechos y obligaciones desde que tenga existencia legal. El nacimiento, desde un punto de vista médico-legal, es el acto fisiológico de adquirir vida independiente mediante el parto (N. Rojas). Vid. **ROMO PIZARRO, Osvaldo**, Medicina legal. Elementos de Ciencias Forenses, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, p. 224.

25. El nacimiento es el presupuesto determinante de la personalidad. Vid. **DIAZ-AMBRONA BARDAJI, María Dolores**, Et Al. Introducción a la medicina legal, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2007, p. 3. La personalidad jurídica tiene una doble condición: (1) pertenecer a la especie humana y (2) superar el nacimiento, que requiere la inscripción del mismo en el correspondiente Registro del Estado Familiar. En cuanto al concebido no nacido, a pesar que no ha atravesado la barrera del nacimiento natural, goza de una ficción legal, en el sentido que se entiende que es persona (como que si ha nacido) para todos los efectos que le son favorables (Art. 58 ord. 3° CPCM). Se protege así, su potencialidad vital, esa expectativa de que el nasciturus supere el nacimiento natural y legal.

una serie de desventajas de índole legal. Para el ordenamiento jurídico sólo existe lo que es conforme con el mismo.

3.1.4. Atributos de la personalidad y la definición del sexo - género.

Las personas transexuales encajan en la categoría genérica de persona²⁶, que hace referencia al sujeto titular de derechos y obligaciones, a quien le corresponde una serie de atributos sin los cuales le es imposible gozar de las prerrogativas, y de cumplir con las obligaciones, que el Derecho le otorga e impone. Los atributos de la persona, también llamados atributos de la personalidad, son los elementos necesarios para el desenvolvimiento del individuo como sujeto de derecho²⁷. Así, son atributos de la persona natural, entre otros, el estado familiar y el nombre.

El estado familiar antes fue conceptualizado. El nombre se refiere al conjunto de palabras con las cuales se identifica e individualiza²⁸ a una persona de las demás. El estado familiar y el nombre son presupuestos de identificación personal porque señalan a la persona en su dimensión particular. Ahora bien, la definición del nombre está aparejada a la categoría de sexo²⁹, que se refiere a la identidad anatómica o biológica de una persona como hombre o mujer; en razón de que, por medio de él se atribuye un nombre que identifica e individualiza a un hombre o a una mujer. Consecuentemente, el sexo también participa en la conformación del estado

26. La persona natural es el individuo humano, el ser humano, entidad psico-somática dotada de vida. Vid. **OCHOA G., Oscar E.**; Derecho..., Ob. cit., p. 172.

27. Vid. **PESCIO VARGAS, Victorio**, Manual de Derecho Civil: De las personas, de los bienes, de la propiedad, Tomo III, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1958, p. 69, citado por **VARGAS VIANCOS, Juan Enrique**, "Atributos de la personalidad y garantías constitucionales", en **AA.VV.**, Familia y personas, coordinador Enrique Barros Bourie, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991, p. 148.

28. El Derecho hace uso de varios signos jurídicos para singularizar y distinguir a las personas, por ejemplo, el nombre, el domicilio (lugar) y el sexo. Vid. **OCHOA G, Oscar**; Personas..., Ob. cit., p. 235.

29. La definición del sexo ha requerido, por los especialistas, analizar los elementos que contribuyen a la diferenciación sexual: Sexo cromosómico, sexo gonadal, sexo hormonal, sexo genital o fenotípico, sexo cerebral, sexo de asignación y sexo de crianza. Vid. **BUSTOS MORENO, Yolanda B.**, La transexualidad. De acuerdo a la ley 3/2007 de 15 de marzo, Dykinson, Madrid, 2008, p. 44.

familiar, pues si define a una persona como hombre o mujer, también define a una persona dentro de su familia como hermano o hermana, padre o madre, hijo o hija, nieto o nieta, por ejemplo.

El sexo participa en la definición del nombre y del estado familiar. De tal manera que la persona tiene la consciencia de pertenecer a un sexo, y a ello se le ha llamado identidad sexual, y a su vez, tiene la consciencia de proyectar sus relaciones como hombre o mujer, bajo la investidura de un nombre y de una posición familiar, de la cual toma para sí los roles a desempeñar. El sexo es un presupuesto de identidad personal, motivo por el cual requiere que sea consignado en los asientos de nacimiento de las personas. Es decir, el sexo real (nacimiento natural) debe corresponder con el sexo legal (nacimiento legal), de ahí que sea necesario que la identidad sexual esté plenamente definida para que exista una correspondencia entre las personas y el orden jurídico.

Para hablar de identidad sexual se debe hablar del concepto de género. El género no es una categoría natural, sino una construcción social³⁰ de femineidad o masculinidad que varía según el tiempo o el lugar y se construye a través de conductas aprendidas más que innatas. No tiene nada que ver, entonces, con la identidad anatómica o biológica, sino con determinaciones externas. Por ejemplo, hay actividades que se identifican con un determinado género, y esto puede ir variando con el tiempo y el lugar de que se trate. El fútbol como un deporte, hasta hace unas décadas atrás estaba identificado con el género masculino. La identidad de género se refiere a la auto-identificación de una persona con relación a la construcción social de la femineidad o masculinidad a la que antes nos referíamos³¹. Por esta razón, las personas transexuales, más que un desacuerdo sexual (físicamente están definidas), tienen un desacuerdo de género, ya que creen (y desean legalmente) pertenecer al sexo físicamente opuesto, motivo por el cual se someten a intervenciones quirúrgicas con el fin de modificar su sexo fenotípico conforme a su identidad de género, y así, posteriormente, integrar su identidad sexual y de género en instancias judiciales.

30. Vid. **DIEZ CANSECO, Susana de los Heros**, Discurso, identidad y género en el castellano peruano, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, p. 46

31. Vid. **ALVARADO M., Dante Mauricio**; Orientación sexual, identidad y expresión de género en el Sistema Interamericano, en **AA.VV.**, Agenda Internacional, Volumen XVII, N° 28, 2010, pp. 156-157.

3.1.5. Juzgados de Familia y diligencias de cambio de nombre.

La actividad jurisdiccional responde a principios universales de la organización jurisdiccional³², que son propios de un Estado Constitucional/Social/Ambiental de Derecho. La organización jurisdiccional está referida a la existencia de un órgano calificado que ejerza jurisdicción y de procesos que señalen la forma en que ésta se ejercerá, respetándose las garantías del proceso constitucionalmente configurado, debido proceso o proceso justo. Las garantías de las que hablamos, entre otras, son: (1) independencia e imparcialidad de funcionarios judiciales, (2) permanencia de los órganos de la jurisdicción (Tribunales y Juzgados) y (3) existencia previa de normas a aplicar al caso en concreto.

Los Tribunales y Juzgados son las instituciones a través de las cuales el Estado expresa su poder judicial; son las entidades de derecho público a través de las cuales, materialmente, se expresa la potestad de administrar justicia. Son delegaciones institucionalizadas para ejercer jurisdicción en sentido estricto. Los Juzgados y Tribunales de Familia son entidades que ejercen jurisdicción especializada en razón de la materia, definida por el Derecho de Familia. El cambio de sexo, no obstante el artículo 23 inciso final de la LNPN, es materia de familia.

Los Tribunales y Juzgados de Familia concretizan su actividad mediante el (1) trámite de jurisdicción contenciosa y el (2) trámite de jurisdicción voluntaria. El trámite de jurisdicción contenciosa se documenta o instrumentaliza a través de expedientes que tiene por naturaleza conformar un registro público, cuya denominación es de “proceso, juicio o causa judicial”. Por su parte, la jurisdicción voluntaria constituye un mero trámite sui generis (no de carácter administrativo³³), un despacho de gestiones que

32. Vid. **LOPEZ BARAHONA, Erick Ezequiel**, Hacia la Sala de lo Social. Propuesta de reforma orgánica de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador para el conocimiento privativo de la casación laboral, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2009, pp. 73-78.

33. Sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, una parte de la doctrina la ha considerado como una expresión de la jurisdicción propiamente dicha, frente a otra que estima que la jurisdicción voluntaria no es jurisdicción en sí misma, sino que se trata de un despacho de actuaciones administrativas, y una tercera posición, estima que la jurisdicción voluntaria es un compuesto mixto de las posiciones antes descritas. Consúltese

buscan actualizar las normas jurídicas en un caso en particular, caracterizado por la ausencia de controversias, persiguiendo satisfacer una pretensión, generalmente, a cargo del Estado. La jurisdicción voluntaria tiene por finalidad reconocer derechos subjetivos y permitir su ejecución. Al igual que la jurisdicción contenciosa, la jurisdicción voluntaria se documenta o instrumentaliza en expedientes, que conforman un registro público, cuya denominación es la de “diligencias de jurisdicción voluntaria”. El cambio de sexo conlleva una pretensión que se tramite bajo el trámite de jurisdicción voluntaria.

Las diligencias de cambio de sexo tienen por objeto adecuar las palabras de identificación biológica como hombre o mujer en el título de nacimiento. Consecuentemente a la autorización del cambio de sexo, se habilita el cambio de nombre (Art. 23 inciso 2 LNPN), por ser éste, como antes se acotó, un estatuto de identificación e individualización, ya que el nombre debe corresponder con la sexualidad del sujeto a quien identifica e individualiza.

En países como Noruega, Austria y Dinamarca, para modificar los documentos de las personas transexuales se requiere únicamente de un trámite de carácter administrativo; en países como Alemania, Italia, Holanda, Turquía, Australia, Canadá, Israel y Sudáfrica, existe legislación que aborda específicamente el tema. Mientras que en México, Francia, España, Estados Unidos, Polonia, Suiza, Portugal, Bélgica y Grecia se requiere de un juicio para dicha modificación³⁴. Esto permite comprender las diferencias normativas, ya que por ejemplo, en El Salvador, no existe habilitación a nivel legislativo, judicial o administrativo, para admitir formalmente (me-

BAILÓN VALDOVINOS, Rosalío, Teoría general del proceso y Derecho Procesal Civil: preguntas y respuestas, 2ª edición, Limusa, México D.F., 2004, p. 54. La jurisdicción voluntaria no constituye jurisdicción en si misma, porque carece del elemento juzgamiento, ya que en ella lo que existe es un reconocimiento de derechos. Es decir, se trata de un conjunto de actuaciones gestoras, administrativas o de trámite de las autoatribuciones jurídicas por parte de los justiciables. Asimismo, no constituye una expresión del trámite administrativo, porque en ella no se despliegan las instituciones propias del Derecho Administrativo.

34. Vid. **SANDOVAL REBOLLO, Erica Marisol**, En dialogo con el propio cuerpo: La experiencia de la transexualidad en sujetos que habitan en la ciudad de México, Tesis para optar al grado de Maestra en Antropología Social, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México D. F., 2006, p. 74.

diante ley positiva), el cambio de sexo, y en consecuencia, la modificación de los documentos de identidad, de las personas transexuales.

3.2. Análisis normativo.

El Derecho es argumentación³⁵. Una forma de expresión lingüística, un instrumento para la solución de los conflictos de intereses y de satisfacción de las autoatribuciones de contenido jurídico.

Una parte del Derecho está conformado por enunciados deónticos, son estructuras gramaticales que mandan, prohíben o permiten. Sobre la base de la permisón y la prohibición, procedemos a analizar la procedencia del cambio de sexo a causa de transexualismo.

3.2.1. Anomia – principio de legalidad por inversión y principio de clausura (Caso 1).

El ordenamiento jurídico³⁶ es el enramado plenamente estructurado y organizado de todas las normas jurídicas positivas vigentes que imperan en un Estado determinado, y de aquellas normas consuetudinarias que han sido reconocidas y validadas por las normas jurídicas escritas.

Sin duda alguna que no existe disposición expresa en todo el ordenamiento jurídico-positivo salvadoreño que autorice el cambio de sexo a causa de transexualismo³⁷. Estamos, definitivamente, ante un caso de anomia. Existe un vacío legal al respecto, puesto que el legislador no ha previsto una solución concreta a esta exigencia.

35. El Derecho es un instrumento para la solución de las divergencias de intereses, la argumentación jurídica es la expresión humana que responde a esas divergencias. Existen tres campos en que se efectúa la argumentación. El primero de ellos es la producción o establecimiento de normas jurídicas (pre - legislativas y legislativos), el segundo, es el de la aplicación de las normas jurídicas, y el tercero, el de la dogmática jurídica. Vid. **ATIENZA, Manuel**, Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica, Serie Doctrina Jurídica, Número 134, Institutos de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, pp. 1-4.

36. También se ha indicado que el ordenamiento jurídico está compuesto por la totalidad de las normas jurídicas positivas. Vid. **LÓPEZ DÍAZ, Elvira**, Iniciación al Derecho, Delta Publicaciones, Madrid, 2006, P. 105.

37. No se pone en duda la vigencia de las normas de Derecho Internacional.

Por un lado tenemos claro que no existe disposición jurídica que otorgue competencia al juez de familia para que autorice el cambio de sexo a causa de transexualismo. Por otro lado, también tenemos claro que no existe disposición jurídica alguna que lo prohíba, y es aquí en donde entra en juego el principio de legalidad por inversión, muy parecido a lo que en otras legislaciones es conocido como principio de clausura.

El principio de legalidad por inversión contenido en el art. 8 CN, dispone:

Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni a privarse de lo que ella no prohíbe.

El principio de clausura, contenido en el art. 19 de la Constitución de Argentina, establece:

Todo lo que no está prohibido está permitido.

Aun cuando gramaticalmente ambas disposiciones son completamente diferentes, lo que hace presumir que el significado igualmente lo es, no se puede negar que tienen la similitud de que autorizan los actos por exclusión u omisión, haciendo pensar que lo único prohibido es lo que la ley “a voces” prohíbe. Entonces ¿lo que no está prohibido está permitido? La ley no prohíbe el cambio de sexo por transexualismo³⁸ ¿está permitido? Antes de contestar la interrogante interpretaremos las disposiciones legales citadas.

En Argentina, por ejemplo, el principio de clausura no puede significar “lo que no está prohibido no está prohibido”, pues sería una trivialidad, sino que, “lo permitido” se interpreta como una autorización positiva, de manera que, “si en un sistema jurídico no hay una norma que prohíba cierta conducta, esta conducta está permitida por otra norma que forma parte del sistema”³⁹, así deja de ser una tautología trivial. Es decir, para que una

38. Tampoco prohíbe la cirugía de reasignación de sexo.

39. Vid. CANTORE, Laura, “Orden público e intersexualidad en la jurisprudencia argentina”, en AA.VV., Reflexiones pragmáticas sobre Derecho de Familia, Escuela de Capacitación Judicial, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2013, pp. 295-296.

conducta no prohibida sea respaldada por el Derecho, se requiere de una norma que la autorice.

Lo mismo debe ser aplicable en El Salvador por disposición del artículo 8 CN. Es decir, “no privarse de lo que no está prohibido” no puede ser interpretado doblemente de forma negativa, es decir, se requiere de una autorización positiva. De tal forma que, aun cuando el cambio de sexo a causa de transexualismo no está prohibido por la ley, se requiere de una norma que lo autorice. En efecto, si “nadie se priva de lo no prohibido”, es entendido como “a nadie se le prohíbe lo no prohibido”, significaría un campo de actuación anarquista, en el que se respalda el libre albedrío, la absoluta libertad de actuar, desconociendo el orden del sistema jurídico, por ello lo correcto es afirmar que “a nadie se le prohíbe lo autorizado”⁴⁰. Es decir, se requiere de una licencia positiva de actuar, y más aún, en aquellas situaciones que se rigen por el principio de reserva de ley, como sucede con los tópicos relacionados con el estado familiar, por ser materia de orden público.

El cambio de sexo por transexualismo requiere de una regulación expresa porque son pretensiones que se llevan ante la competencia de los órganos del poder público. Recordemos que el artículo 86, inciso 3 CN dispone que:

Los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley.

Por lo tanto, para que el cambio de sexo a causa de transexualismo tenga lugar ante los Juzgados de Familia, se requiere de competencia expresamente delegada por el órgano legislativo a favor de los mismos. De no ser así, el caso carecerá de calificación jurídica, por enfrentarse al vacío o silencio de la ley. Por otra parte, la integración del Derecho para superar esta situación estará sujeta a la medida del juzgador, quien debe interpretar

40. A diferencia del cambio de sexo a causa de transexualismo que requiere de una ley que lo permita, y que debe ser coherente con el sistema jurídico, la cirugía transexual no la requiere, porque el ordenamiento jurídico la ha tolerado. Esto es confirmado por el artículo 147 inciso 2 PN (1998).

el Derecho bajo una concepción integral de los valores y principios⁴¹ que justifican el marco jurídico nacional⁴².

Concluimos en este punto que, el sexo participa en la conformación del estado familiar (materia que es de orden público), rigiéndose bajo el principio de reserva de ley, porque la situación personal-familiar de los sujetos de derecho no puede ser afectada sino por la voz del legislador; caso contrario, se permitiría la creación, modificación y extinción del estado familiar de las personas, a través de medios ajenos a la ley-formal. De tal manera que, conforme al Artículo 8 y 86 inciso 3 CN, se necesita de la apertura legislativa que autorice el cambio de sexo a causa de transexualismo, para acceder a este tipo de pretensiones; tarea que no puede ser superada jurisprudencialmente por existir falta de regulación⁴³, bajo pena de contravenir un orden jurídico que descansa sobre el principio de legalidad de los sexos y de reserva de ley respecto del estado familiar.

3.2.2. Cambio de sexo: hipótesis y límites.

Presuponiendo que se autoriza el cambio de sexo de una persona transexual (caso 1), realicemos algunos comentarios que se consideran oportunos.

1. **Efectos constitutivos e irretroactivos de la sentencia.** La sentencia que autoriza el cambio de sexo a causa de transexualismo debe tener efec-

41. De forma genérica se afirma que los valores y principios son cláusulas generales mientras que las reglas son disposiciones específicas en las que se determinan supuestos de hecho y sus particulares consecuencias jurídicas. Vid. **OTERO PARGA, Milagros**, Valores..., Ob. cit., p. 23.

42. Las normas jurídicas son reflejo de valores y principios, son valías encarnadas en la realidad material de una sociedad. Los valores por su alto nivel de abstracción requieren de un enlace con la realidad humana, y esos enlaces son los principios generales del Derecho. Por ello, la jurisprudencia, la ley, e inclusive, los actos jurídicos, en la escala de la abstracción se ubican ligeramente por debajo de los valores, por tal motivo están impregnados de la esencia, en mayor o menor medida, de los mismo valores.

43. Esta falta de regulación tiene trascendencia en los órdenes social, personal y familiar que difícilmente pueden ser resueltos por vía de jurisprudencia. Es preciso y necesario la intervención del legislador. Vid. **DIAZ-AMBRONA BARDAJI, María Dolores**, Et Al. Introducción..., Ob. cit., p. 28.

tos constitutivos porque crea un nuevo estado familiar. Asimismo, debe cobrar efectos irretroactivos a partir del momento en que queda ejecutoriada. No es conveniente que tenga efectos declarativos y retroactivos, porque significaría el reconocimiento de una situación anterior⁴⁴, que pone en duda la seguridad de las relaciones jurídicas de terceros, como los que previamente contrataron con el solicitante, por ejemplo.

2. **Ficción legal.** No existe realmente un cambio de sexo, sino un cambio social del sexo, sobre la base de que el género es una construcción social y no natural. Asimismo, en el supuesto de transexualismo, el cambio social del sexo es una ficción legal⁴⁵, porque el Derecho (no la naturaleza) invierte la existencia natural, esto es, la realidad extrarregistral que se inscribió en el título que acreditaba la existencia legal, a fin de tutelar un derecho del solicitante.

3. **Nulidad del matrimonio.** Es nulo, de nulidad absoluta (Art. 90 causal 3^a CF), el matrimonio de una persona transexual que ha contraído matrimonio con una persona del mismo sexo⁴⁶, con anterioridad a la autorización de cambio de sexo, en virtud de que los efectos de la sentencia son constitutivos y el matrimonio en nuestra legislación es hete-

44. Por ejemplo, el cambio de sexo sería retroactivo al momento del (1) nacimiento legal (inscripción del nacimiento natural), (2) de la cirugía de reasignación de sexo o, (3) de la presentación de la solicitud de cambio de sexo.

45. Jurisprudencia española ha entendido que el varón operado transexualmente no pasa a ser hembra, sino que se le ha de tener por tal por haber dejado de ser varón por extirpación y supresión de los caracteres primarios y secundarios y presentar unos órganos sexuales similares a los femeninos y características psíquicas y emocionales propias de este sexo. Es una ficción. Vid. **DIAZ-AMBRONA BARDAJI, María Dolores**, Et Al. Introducción..., Ob. cit., pp. 29-30.

46. La Constitución de la República no prohíbe el matrimonio entre homosexuales, y partiendo de esta premisa, se ha pretendido justificar la admisibilidad de este tipo de actos recurriendo a tratados internacionales que prevalecen sobre el CF, que es la ley secundaria que lo prohíbe (Art. 144 CN). Sin embargo, si bien es cierto que los tratados internacionales prevalecen sobre el CF, también es cierto que el paradigma de la heterosexualidad no es impuesto exclusivamente por el CF, sino que éste es reconocido, en conjunto, por todo el sistema jurídico que rige en El Salvador. El Derecho se interpreta no entorno a una ley (individual), sino en relación al conjunto de normas (total) que rigen la vida en comunidad. Inclusive, la interpretación normativa conforme a la Constitución, no implica ver a la norma fundamental aisladamente, sino como el núcleo de un sistema jurídico, al cual se le ha llegado a dar el nombre de constitucionalismo.

rosexual. Asimismo, es admisible la nulidad del matrimonio por error en la persona, que se pida bajo el sustento de que la persona transexual oculto su previa identidad.

4. **Existencia de derechos-obligaciones indisponibles.** Al transexual que ha procreado hijos o que no ha disuelto el vínculo matrimonial que lo une con su cónyuge, por ejemplo, no se le debe autorizar el cambio de sexo, en protección de los intereses legítimos de terceros. En efecto, no se puede desplazar la paternidad o maternidad, establecida o no (mientras exista un proceso incoado), porque el interés familiar priva sobre el personal. Lo mismo sucede con las personas que han sido condenadas al cumplimiento de penas, siempre que no pueden garantizar el cumplimiento de las mismas. Recordemos que el ordenamiento jurídico es un entramado normativo que procura dar estabilidad y seguridad a las relaciones humanas. Esta es la razón de ser del valor de seguridad jurídica (Art. 1 CN). Por lo tanto, pragmáticamente hablando, una de las principales limitantes de admitir el cambio de sexo a causa de transexualismo es la existencia de vínculos jurídicos de los cuales se deriven obligaciones personales o personalísimas, de contenido patrimonial o extrapatrimonial, pendientes de cumplir por parte del solicitante.
5. **Regresión del sexo.** Bajo el sustento de seguridad, certeza y certidumbre jurídica de las relaciones intersubjetivas, no es procedente la regresión del cambio de sexo. La sentencia con efectos constitutivos produce efectos de cosa juzgada material o substancial. No es admisible que la persona transexual promueva nuevamente diligencias de cambio de sexo, con el fin de retornar a su sexo primigenio. Inclusive, el Artículo 23 inciso 2 LNPN, nos ilustra tal situación, al indicar que el cambio de nombre procede por una sola vez. Por lo tanto, es necesario la determinación y definición sexual precisa del solicitante para autorizar su cambio de sexo.
6. **Efectos registrales.** El cambio de sexo a causa de transexualismo tiene como consecuencia jurídica-registral, la cancelación de la partida de nacimiento del solicitante y la inscripción de una nueva en la que conste su sexo social. Asimismo, se posibilita la adecuación de su identidad

personal en los documentos personales resguardados en las diferentes oficinas públicas y privadas a nivel nacional.

3.3. Ejecución de sentencias extranjeras (Caso 2).

Para sentar una posición teoría respecto de la ejecución de sentencia extranjeras que autorizan el cambio de sexo, debemos referirnos previamente a la extensión de las normas que regulan el estado familiar.

Las normas jurídicas tienen una doble extensión: territorial y personal. La primera se refiere a la vigencia de las normas dentro del territorio nacional, las que se aplican a nacionales y extranjeros cuando se encuentran dentro del territorio de la República de El Salvador. La segunda, se aplica a salvadoreños fuera de la República de El Salvador, cuando el hecho o acto jurídico producirá sus efectos en este país.

3.3.1. Normas del estado familiar: extensión personal (Art. 15 CC).

La extensión personal de las normas del estado familiar hace referencia al presupuesto subjetivo, señala los sujetos que se ven sometidos a ellas, esto es, a los salvadoreños que pretenden crear, modificar o extinguir su estado familiar (En el que se incluye el sexo, por ser un elemento que conforma al estado familiar).

Los hechos y actos jurídicos ejecutados en el extranjero, que afecten el estado familiar de salvadoreños, y cuyos efectos se produzcan en este país, deben inscribirse en el Registro del Estado Familiar de San Salvador, siempre y cuando no contravengan las normas jurídicas nacionales. Esto obedece a que el artículo 15 CC establece que:

Las leyes patrias que arreglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los salvadoreños, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero:

1. En lo **relativo al estado de las personas** y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en El Salvador.

Se trata de la extraterritorialidad (de las normas jurídicas) que define el artículo 10 del CF, mediante la cual, el nacional, no obstante su residencia o domicilio en el extranjero, queda sujeto a las disposiciones del CF, en lo relativo al estado de las personas y a las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia. Por ello, cuando un hecho o acto jurídico crea, modifica o extingue un vínculo jurídico familiar de un salvadoreño en el extranjero, y los efectos de tal hecho o acto se pretendan reflejar en El Salvador, se tiene que calificar dicho hecho o acto bajo el imperio de las leyes de la República. De tratarse de una sentencia que deba ser ejecutada en El Salvador, se requiere que las normas jurídicas que la respaldan se sometan a un examen de compatibilidad con las normas jurídicas imperantes en nuestro país, para estimar o no la autorización de su ejecución, lo que se logra a través de las diligencias de exequátur o auto de pareatis, llevadas a término por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo tanto, El salvadoreño que pretende ejecutar la sentencia que autorizó su cambio de sexo y de nombre en el extranjero, deberá promover las diligencias de exequátur, en las que se valorará si las normas que respaldan dicha sentencia son compatibles con las nacionales. En el supuesto que lo sean, está claro que prevaleció el interés de la ley y se dio por satisfecho el derecho alegado por el solicitante; sin embargo, en el caso que las normas no sean compatibles, la solicitud de ejecución de sentencia no prosperará (Art. 277 CPCM). De tal manera que, cuando el solicitante haya obtenido un pronunciamiento judicial en el sentido que se le autoriza el cambio de sexo y de nombre, deberá promover el trámite de ejecución de sentencia extranjeras, a través del trámite de exequátur o auto de pareatis⁴⁷.

4. Peroración

Desde la fundación de la jurisdicción de familia se han emitido dos resoluciones totalmente diferentes, con las cuales se resuelve la petición de cambio de sexo a causa de transexualismo, lo que sin duda alguna no es conveniente para la salud del ordenamiento jurídico, sin embargo, se trata de una materia que aun está en pañales, que evoluciona progresivamente

47. Lo mismo sucede con las sentencias de divorcio de salvadoreños dictadas en el extranjero. Deben ceñirse a las normas nacionales que regulan el estado familiar.

conforme a las exigencias sociales. De tal manera que, el ordenamiento jurídico se auto-estructura a través de la práctica forense. Esto es, la creación judicial del Derecho que predica el realismo jurídico.

Y es que por tratarse de un fenómeno reciente, y que carece de una calificación jurídica por parte del legislador, es comprensible que los criterios jurisprudenciales sean distantes, sobre todo, tratándose de un tema que no encuentra un pleno asidero legal, por manifestarse en un país que institucional y culturalmente descansa sobre el paradigma de la heterosexualidad. Pero aun así, se intenta dar una respuesta a una comunidad que tiene el derecho de gozar de una verdadera y efectiva tutela judicial.

Las conclusiones a las que podemos llegar son las siguientes:

1. Los requisitos de procedencia para admitir el cambio de sexo a causa de transexualismo en El Salvador, son la apertura normativa, la determinación y definición sexual precisa del solicitante y la inexistencia de vínculos jurídicos del cual emanen obligaciones personales o personalísimas en contra del mismo. De tal manera que, no es procedente el cambio de sexo por la vía ordinaria ante los Tribunales y Juzgados de Familia, mientras no exista norma jurídica que lo habilite, a efecto de no contravenir el principio de reserva de ley y de legalidad, conforme a los artículos 8 y 86 inciso 3 CN.
2. Las consecuencias jurídicas de autorizar el cambio de sexo a causa de transexualismo en El Salvador, son la creación de una ficción legal de cambio social del sexo, la habilitación del cambio de nombre, la cancelación e inscripción de la partida de nacimiento en el Registro del Estado Familiar respectivo, y la posibilidad de obtener los nuevos documentos de identificación personal, en correspondencia a la identidad sexual del solicitante.
3. La apertura normativa que califique al transexualismo como causa de cambio de sexo, requiere que el sistema jurídico sea examinado en su conjunto, respetando los valores y principios generalmente aceptados por el conglomerado humano en el que se manifiesta.

4. Los requisitos para ejecutar en El Salvador las sentencias de cambio de sexo a causa de transexualismo dictadas en el extranjero, son la compatibilidad del derecho nacional con el derecho que sustenta la correspondiente sentencia, la calidad de salvadoreño del solicitante y la inexistencia de obligaciones personales o personalísimas de parte del mismo.
5. Los límites jurídicos para admitir el cambio de sexo a causa de transexualismo en El Salvador, son la clausura normativa que descansa sobre predominio del paradigma de la heterosexualidad, el principio de legalidad y sobre todo, el respecto al orden público y al principio de reserva de ley y de seguridad jurídica.
6. La sentencia que autoriza el cambio de sexo a causa de transexualismo, produce los efectos de cosa juzgada substancial de forma irretroactiva, por lo tanto, no admite la posibilidad de que sea revocada, en obediencia al principio de seguridad jurídica, y en consideración de la estabilidad de las relaciones jurídicas personales y personalísimas del solicitante.

El cambio de sexo a causa de transexualismo representa más que un reto para la jurisdicción de familia, significa, también, un reto para una sociedad que cultural e institucionalmente descansa sobre el paradigma de la heterosexualidad. Y sobre todo, un reto para los justiciables que reclaman su derecho a la diversidad y orientación sexual.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., Justicia de género, ciudadanía y desarrollo, Traducido al castellano por Cecilia Ávila, Centro Internacional para el Desarrollo y Mayol Ediciones, Canadá, 2008.
- ALVARADO M., Dante Mauricio; Orientación sexual, identidad y expresión de género en el Sistema Interamericano, en AA.VV., Agenda Internacional, Volumen XVII, N° 28, 2010.
- ARENAS CRUZ, Elena, “El ensayo como clase de textos del genero argumentativo: Un ejemplo de Ortega y Gasset”, en AA.VV., El ensayo como género

literario, Vicente Cervera, Belén Hernández y M^a Dolores Adsuar (eds.), Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 2005.

- ATIENZA, Manuel, “El Derecho como argumentación” en AA.VV. Argumentación jurídica, Revista electrónica Isegoria, número 21, 1999.
- ATIENZA, Manuel, Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica, Serie Doctrina Jurídica, Número 134, Institutos de Investigaciones jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005.
- BAILÓN VALDOVINOS, Rosalío, Teoría general del proceso y Derecho Procesal Civil: preguntas y respuestas, 2^a edición, Limusa, México D.F., 2004.
- BECERRA-FERNANDEZ, Antonio, Transexualidad: la búsqueda de una identidad, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2003.
- BUSTOS MORENO, Yolanda B., La transexualidad. De acuerdo a la ley 3/2007 de 15 de marzo, Dykinson, Madrid, 2008.
- CANTORE, Laura, “Orden público e intersexualidad en la jurisprudencia argentina”, en AA.VV., Reflexiones pragmáticas sobre Derecho de Familia, Escuela de Capacitación Judicial, Consejo Nacional de la Judicatura, San Salvador, 2013.
- CAUDILLO HERRERA, Carlos y María Antonia CERNA TRUJILLO, Sexualidad y vida humana, Universidad Iberoamericana, México D.F., 2007.
- DAVENPORT, Allison, Diversidad sexual en El Salvador. Un informe sobre la situación de los Derechos Humanos de la comunidad LGBT, Traducido por Carmen E. Arkins, Clínica legal de Derechos Humanos Internacionales, Universidad de California, Berkeley, California, 2012.
- DIAZ-AMBRONA BARDAJI, María Dolores, Et Al. Introducción a la medicina legal, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 2007.
- DIEZ CANSECO, Susana de los Heros, Discurso, identidad y género en el castellano peruano, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.

- LASARTE ALVAREZ, Carlos, Compendio de Derecho Civil: trabajo social y relaciones laborales, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005.
- LOPEZ BARAHONA, Erick Ezequiel, Hacia la Sala de lo Social. Propuesta de reforma orgánica de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador para el conocimiento privativo de la casación laboral, Corte Suprema de Justicia, San Salvador, 2009.
- LÓPEZ DÍAZ, Elvira, Iniciación al Derecho, Delta Publicaciones, Madrid, 2006.
- LÓPEZ HERRERA, Francisco, Derecho de Familia, 2ª edición, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005.
- MACKELDEY, Ferdinand, Manual de Derecho Romano: Que comprende la teoría instituta precedida de una introducción al estudio de este Derecho, traducido por Santa María Eduardo Gómez, Editorial José María Alonso, Universidad Complutense de Madrid, 1847.
- MARTINEZ MARULANDA, Diego, Fundamento para una introducción al derecho, Colección Erinia, Universidad de Antioquia, Medellín, 2007.
- OCHOA G., Oscar E., Derecho Civil I: Personas, Publicaciones UCAB, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006.
- OLASO JUNYEN, Luis María, Curso de Introducción al Derecho, 3ª edición, Publicaciones UCAB, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1998.
- OTERO PARGA, Milagros, Valores constitucionales. Introducción a la Filosofía del Derecho: axiología jurídica, Manuales Universitarios, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1999.
- RODRIGUEZ, Arturo Alessandri, Manuel SOMARRIVA INDURRAGA y Antonio VODANOVIC H., Tratado de Derecho Civil: Parte Preliminar y General, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.
- ROMO PIZARRO, Osvaldo, Medicina legal. Elementos de Ciencias Forenses, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

- SANDOVAL REBOLLO, Erica Marisol, En diálogo con el propio cuerpo: La experiencia de la transexualidad en sujetos que habitan en la ciudad de México, Tesis para optar al grado de Maestra en Antropología Social, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México D. F., 2006.
- SANDOVAL, Clara, et. al., Nuestras voces: Lesbianas, gays, bisexuales y trans ante la CIDH. Audiencias temáticas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Como solicitarlas, como prepararse y que presentar, PROMSEX, Lima, Perú, 2012.
- VARGAS VIANCOS, Juan Enrique, “Atributos de la personalidad y garantías constitucionales”, en AA.VV., Familia y personas, coordinador Enrique Barros Bourie, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1991.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción, traducido por Ernesto Garzón Valdés, Colección: Cuadernos, Cuaderno 33, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1976.

RESPONSABILIDAD MORAL EN MATERIA DE FAMILIA

René Alfonso Padilla y Velasco

SUMARIO

Introducción; Planteamiento del problema; Responsabilidad subjetiva y objetiva; Responsabilidad contractual y extracontractual; Elementos comunes de la responsabilidad; Prueba de la culpa; Prueba del dolo o culpa intencional; Prueba de la culpa o descuido; Prueba del daño; Prueba del daño y prueba de su estimación o valor; Conclusiones.

Introducción

Generalmente la responsabilidad solemos clasificarla en civil y penal; no obstante, cada vez el concepto de responsabilidad desborda esta categorización y se extiende a otros ámbitos, y es así como ahora hablamos de responsabilidad profesional, administrativa, disciplinaria, deportiva, gremial, entre otras.

Aunque cada una de estas especialidades tienen sus matices y reglamentaciones propias –como no podía ser de otra manera–, la tendencia es a la unificación del concepto; por lo que es válido mencionar una teoría general de la responsabilidad, puesto que las reglas que en general gobiernan los presupuestos y su tratamiento son universales y aplicables a cada tipo de responsabilidad.

La responsabilidad siempre será la sanción impuesta por la incursión en un ilícito o conducta jurídicamente reprochable.¹ En la responsabilidad se precisa una exteriorización, un acto o abstención, que causa un perjuicio imputable a su autor, cuya reparación es exigible coactivamente.² No obstante, no se requiere de una disposición legal que específicamente sancione

-
1. Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC: Tratado de las obligaciones. Volumen del cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones, Editorial Jurídica de Chile, 2004, pág. 251.
 2. René ABELIUKMANASEVICH: Las obligaciones. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 187.

el acto u omisión cometidos, como es en el caso de la responsabilidad penal; la responsabilidad civil nace por acciones u omisiones que encuadren dentro de los requisitos señalados en forma general por la ley. En el Derecho Penal los delitos son figuras típicas; en cambio, en materia civil no existen ilícitos nominados, la reglamentación es genérica (art. 2,035 C C), sin perjuicio de normas especiales para ciertos casos de responsabilidad (p. ej.: arts. 1357, 1360, 1424 C C; 102 párr. 2° LACAP, 150 C de F, etc.).³

Nuestra jurisprudencia lo define así: *“Toda responsabilidad siempre emana de un acto voluntario que genera un daño que debe ser indemnizado cuando, entre tal acción y el resultado, se puede establecer una relación de causalidad, de tal forma que se pueda decir que éste proviene de aquél.”* (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: 134-C-2005, fecha: 22/11/2005).

Por ello, el art. 2,065 del Código Civil dispone que el autor del hecho ilícito deba indemnizar el perjuicio ocasionado, sin menoscabo de la pena que las leyes le imponen. Así, independientemente de la sanción (penal, administrativa, disciplinaria, etc.) que las leyes especiales impongan para reprimir o castigar el ilícito cometido, de él puede nacer una responsabilidad civil para la reparación de los daños que se hubieren causado.⁴

La génesis de la obligación jurídica de indemnizar determina que el acreedor es el perjudicado con la acción u omisión dañinas y el deudor es la persona que ha causado el daño con su conducta personal (agente) o de quien debe responder por él (responsable civil).⁵

“Cuando el interesado obtiene una sentencia favorable de condenación en daños y perjuicios en el proceso de amparo, adquiere la calidad de acreedor de dichos daños, por lo que puede ejercer su acción por la vía del procedimiento común.” (Sentencia Sala de lo Civil, Ref.: 1222-2004, fecha: 23/02/2004).

3. Ob. cit., pág. 188.

4. Ob. cit., pág. 189.

5. Jorge MÉNDEZ ZAMORA: La acción civil resarcitoria, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2009, pág. 22.

Planteamiento del problema

No obstante, en este tema existe una gran confusión en nuestra jurisprudencia, ya que formas de responsabilidad que antes no se les daba aplicación, como el daño moral y la responsabilidad del Estado, se consideran responsabilidad objetiva, cuando no lo son.

Hablando específicamente de la responsabilidad moral en materia de familia, también he observado que nuestra jurisprudencia la señala como una forma de responsabilidad “*extracontractual*”, cuando tampoco lo es.

En efecto, así ha resuelto nuestra jurisprudencia: “*Respecto al daño moral, se reitera que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, en orden a que el solo quebrantamiento de la obligación genérica de no dañar a una persona, implica para el perjudicado la notoria afectación a sus sentimientos; por lo que es al responsable del hecho dañoso a quien incumbe acreditar la existencia de una situación objetiva que excluya la posibilidad de un dolor moral.*” (Sentencia Sala de lo Civil Casación N° 1216-2001 Fecha: 18/12/2001; concordancia: Casación N° 665-2002 Fecha: 28/11/2002)

La principal razón para este criterio —el que, por supuesto, no comparto— es la presumida especialidad de la legislación de familia, que establece reglas disímiles del Código Civil para el establecimiento y prueba de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones familiares.

Así se ha resuelto correctamente en un par de ocasiones: “*Si bien a nivel Constitucional se da la facultad de demandar daños de carácter moral, a nivel de ley secundaria no se ha legislado nada al respecto; por lo que para su aplicación y ejercicio, habrá que remitirse a las normas del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles.*” (Sentencia de la Sala de lo Civil, Ref.: Apelación N° 1260-2001, fecha: 01/06/2001).

“*La sola circunstancia que la nueva legislación familiar obedezca a principios éticos y filosóficos distintos a los del Código Civil, no significa que el derecho de daños se aparte del modo de proceder en esta materia, por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.*” (Sentencia Sala de lo Civil, Ref.: 1216-2001, fecha: 18/12/2001).

No obstante, se trató de juicios aislados que han quedado sepultados por la opinión asentada en los tribunales de familia, en los que incluyo a la Sala de lo Civil, puesto que cuando resuelve cuestiones de jurisdicción de familia se pliega al criterio dominante; razón por la cual, es necesario analizar la robustez de la tesis de la responsabilidad moral en materia de familia como una situación *sui generis*.

Responsabilidad subjetiva y objetiva

Empezaremos puntualizando que la objetiva es la responsabilidad sin culpa, pues tiene como fundamento el riesgo, esto es, la eventualidad o inminencia de un daño. La responsabilidad objetiva prescinde del dolo y la culpa; determinada por el sólo ministerio de la ley, bastando la relación causal entre el acto y el daño. La subjetiva se funda en la voluntad, debe concurrir el dolo o la culpa del agente.⁶

Nuestro sistema está basado en la responsabilidad subjetiva. La responsabilidad contractual siempre es subjetiva: se requiere de la concurrencia del dolo o culpa del agente; sólo que en esta materia se presume, o mejor dicho, la carga de la prueba del haber obrado con la diligencia y cuidado que el asunto requiere corre por cuenta del deudor (art. 1,418 párr. 3° C C), bastando al acreedor establecer la existencia del vínculo –contractual o jurídico– y el incumplimiento.

En la responsabilidad contractual la conducta del responsable será activa en el caso del cumplimiento imperfecto o defectuoso, como por ejemplos cuando el transportista dañe las cosas transportadas, o el vendedor entregue a sabiendas la cosa vendida con un vicio oculto. En cambio, en el caso del incumplimiento absoluto se reprocha la conducta omisa del responsable, por la infracción a lo pactado. En ambos casos, la única conducta permitida al deudor es el cumplimiento exacto y completo de la obligación contraída (art. 1,417 C C), y al no haberlo verificado así, su proceder se torna ilícito y lo hace responsable.⁷

6. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC H., *ob. cit.*, pág. 253.

7. TAMAYO JARAMILLO: *Tratado de responsabilidad civil*, T. I, pág. 189.

De igual manera, en la responsabilidad extracontractual todas las instituciones están basadas en la conducta del agente. El tema no presenta mayores dificultades tratándose de la responsabilidad personal y directa, pues se juzga la gestión inmediata, activa u omisa del causante; pero puede presentarse no tan claro en el caso de la responsabilidad por el hecho ajeno, por la contingencia de las cosas o por el ejercicio de actividades peligrosas.⁸

No obstante, la premisa es la misma, ya que la ley presume que el civilmente responsable tiene el poder de dirección y control de la actividad o de la cosa, por lo que con su acción o su omisión la situó en el evento causal de producir el daño, independientemente de la cercanía o lejanía (en el tiempo y en el espacio) con la cosa o actividad causante del daño. Por ejemplo, si un vehículo que se encuentra estacionado de pronto comienza a rodar y causa un daño, la ley presume que el conductor lo puso allí y posteriormente omitió controlar los riesgos que estaba creando. No es pues la cosa la que genera la responsabilidad civil, sino el comportamiento del encargado frente a ella (culpa in vigilando).⁹

La excepción la encontramos en algunos casos que al legislador le interesa relevar a la víctima de la carga de probar el dolo o culpa del agente, calificándola expresamente de objetiva.

La responsabilidad objetiva surgió de las críticas que se dirigen a un sistema propio de las condiciones sociales y económicas de hace dos siglos. Principalmente se critica que el requisito de la culpa es difícil de probar debido a su subjetivismo o componente psicológico.

No obstante, fueron los cambios económicos y sociales lo que dieron vigencia a la responsabilidad objetiva; específicamente, los accidentes de trabajo y los de transporte de pasajeros fueron los que influyeron en el establecimiento de la responsabilidad objetiva, puesto que las víctimas quedaban desamparados para embarcarse en procesos largos y engorrosos frente a patronos y empresarios con mayores recursos para librarse de responsabilidad, por lo que se reclamó que el legislador debía protegerlas.

8. Ídem.

9. Ob. cit., págs. 189 y 190.

La tendencia es hacia la transferencia a la seguridad social de los riesgos más comunes, mediante la obligatoriedad de seguro a favor de terceros o la creación de fondos por aportaciones, a fin de afrontar las indemnizaciones sin necesidad de juicio previo.¹⁰

“La responsabilidad civil ha tenido sus variantes en el transcurso del tiempo, yendo desde una responsabilidad por culpa hasta una responsabilidad objetiva, constituyendo un proceso evolutivo, pues su surgimiento ha estado motivado por la necesidad de dar respuesta a las exigencias de cada momento histórico, siendo oportuno destacar que, a pesar de esta evolución, los diferentes sistemas de responsabilidad civil coexisten.” (Sentencia de la Sala de lo Civil, Ref.: 1210-2003, fecha: 12/02/2003).

Actualmente, la responsabilidad objetiva ha cobrado un renovado impulso gracias a las disciplinas de la protección de los derechos comunes, generales o difusos, tales como la protección de consumidores y usuarios y del medio ambiente.

En nuestra legislación encontramos ejemplos de responsabilidad objetiva en los artículos 2,078 del Código Civil y 37 párrafo segundo de la Ley de Protección al Consumidor.

No he encontrado ninguna disposición en la legislación de familia que establezca que el daño moral constituya responsabilidad objetiva, por lo que no existe base legal para tal afirmación.

En efecto, el párrafo segundo del art. 150 del Código de Familia dispone que, declarada la paternidad habrá lugar a la indemnización de los daños económicos y morales ocasionados a la madre o al hijo de conformidad con la ley; razón por la cual, suele acumularse a la acción de paternidad la de indemnización de daños y perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales. Pero ello no es base para hablar de responsabilidad objetiva, ya que la misma norma dice que se repararán los daños que haya lugar conforme a la ley, y la responsabilidad subjetiva es la base de nuestra legislación.

10. ABELIUKMANASEVICH: ob. cit., pp. 195 y 196.

De igual manera, el párrafo tercero del art. 2 de la Constitución reitera que la garantía a la indemnización del daño moral es conforme a la ley. Podemos concluir, por lo dicho hasta ahora, que la tesis que la responsabilidad en materia de familia sea de carácter objetiva no resiste ni un somero análisis.

Responsabilidad contractual y extracontractual

El tema de la responsabilidad civil aparece dividido en dos ámbitos: la contractual, que es la obligación del deudor de indemnizar al acreedor los perjuicios que le ha originado el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de la obligación contractual (art. 1,427 C C), y la extracontractual, que suele también llamarse delictual o aquiliana, consiste en la obligación en que se encuentra el autor de indemnizar los perjuicios que su hecho ilícito ha ocasionado a la víctima (arts. 2,065 y 2,080 C C).¹¹

Este último nombre –que se transmite a la culpa extracontractual– obedece a la Lex Aquilia, que reglamentó la materia en la Roma antigua.¹²

Sin embargo, la tendencia es hacia la uniformidad de los presupuestos de ambos tipos de responsabilidad y de su regulación; por lo que se habla de una teoría unitaria de la responsabilidad civil, en que se entiende que la fuente de la responsabilidad es una sola (la obligación de reparación) y que sus diferencias son de mero detalle. No obstante, en el estado actual no podemos ignorar las diferencias que en la práctica ofrecen la existencia de estos dos órdenes de responsabilidad civil.

Sin perjuicio de otras, podemos detallar aquí que sus principales diferencias son que en la responsabilidad contractual existe un vínculo jurídico previo; la extracontractual da origen al vínculo, y en la primera, la culpa por el incumplimiento o cumplimiento moroso se presume (art. 1,418 párr. 3° C C), no así por regla general en la aquiliana.¹³

11. ABELIU KMANASEVICH: ob. cit., pág. 180.

12. Ob. cit., pág. 189.

13. Ob. cit., pág. 190.

Al respecto se ha resuelto: “Los presupuestos indispensables para que pueda surgir la responsabilidad contractual es que exista un vínculo obligacional entre dos partes y que una de ellas o ambas incumplan aquello a que se obligaron. El incumplimiento de la obligación se traduce en la falta de satisfacción íntegra y oportuna de la misma.” (Sentencia Sala de lo Civil, Ref.: 1482-2003, fecha: 08/09/2003).

“El marco jurídico de la responsabilidad civil extracontractual, como hecho antijurídico o violación del deber legal genérico de no dañar, se encuentra en los delitos y cuasidelitos.” (Sentencia Sala de lo Civil, Ref.: 1584-2004, fecha: 12/02/2004).

También es importante aclarar que se considera responsabilidad contractual no sólo a la que deriva de la falta de cumplimiento de una obligación establecida en un contrato, sino a todos los casos en que se infringe una relación jurídica preestablecida, como la obligación que nace de la ley que impone obligaciones alimenticias, la de una promesa unilateral, de la agencia oficioso, del pago de lo no debido, etc.¹⁴

Por lo tanto, el error de los tribunales de familia en calificar la responsabilidad que se reclama en dicho ámbito de “extracontractual” se debe a que la aprecian como ajena a una relación contractual; pero no toman en cuenta que las relaciones familiares están preestablecidas en la legislación, por lo que la falta de cumplimiento a las disposiciones legales relativas a las relaciones de familia constituye responsabilidad contractual en cabeza del obligado a su observancia.

Lo anterior no sólo hecha por tierra la tesis que la responsabilidad en materia de familia es extracontractual, sino que es importante por lo que se refiere a su prueba, según veremos adelante.

Elementos comunes de la responsabilidad

El triple criterio para la conformación de la responsabilidad civil –a saber: el hecho indebido, el daño causado y la relación de causalidad entre el

14. ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC. ob. cit., pág. 251.

primero y el segundo—, es aplicable al ámbito de familia, en tanto que su especialidad no la constituye en una rama aislada del concierto de la ciencia del Derecho, por cuanto la responsabilidad civil consiste en un tema único, con reglas uniformes para su regulación.

“La responsabilidad extracontractual, originada de un acto ilegal cometido por el funcionario demandado en perjuicio del demandante, requiere de la acreditación de tres elementos, así: acción u omisión ilícita o antijurídica; que se produzca un daño; y, que exista una relación de causalidad entre la acción y el resultado dañoso.” (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: 1723-2004, fecha: 07/06/2004).

“El daño económico requiere de la acreditación de tres elementos, así: acción u omisión ilícita o antijurídica; que se produzca un daño; y, que exista una relación de causalidad entre la acción y el resultado dañoso.” (Sentencia Sala de lo Civil, Ref.: 134-C-2005, fecha: 22/11/2005).

En efecto, de lo analizado en los párrafos anteriores, podemos concluir que la obligación de indemnizar encuentra su fuente en el hecho ilícito o indebido del agente; por lo tanto, el primer requisito de la responsabilidad civil y elemento común entre los tipos de responsabilidad es la conducta del demandado. A lo anterior debe agregarse que en algunas ocasiones esa conducta no necesariamente debe ser culposa.

Ahora bien, no basta el hecho del demandado, y que le sea imputable, sino que es necesario que haya un daño y que ese daño sea causado por la conducta del agente.

Prueba de la culpa

En la responsabilidad civil no puede faltar el comportamiento inmediato o mediato del responsable (SANTOS BALLESTEROS).¹⁵ Ello es válido tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual.

15. Instituciones de responsabilidad civil, ciado por Javier TAMAYO JARAMILLO: Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Legis, 2011, pág. 188.

“El agente del daño resulta obligado a la indemnización, desde que toda persona es responsable de sus propias acciones.” (Sentencia Sala de lo Civil, Ref.: 1216-2001, fecha: 18/12/2001).

La conducta es la transformación de la realidad que verifica el agente; la culpa es la forma cómo realizó el causante esta conducta, bien sea por factores subjetivos, bien por inobservancia o violación a normas o disposiciones aplicables. La culpa es una cualidad o modalidad del comportamiento humano.¹⁶

En el lenguaje jurídico castellano la palabra culpa tiene dos acepciones: uno genérico que es sinónimo de falta y otro específico que es sinónimo de negligencia. En el derecho francés no existe la palabra culpa, sino la palabra falta (*faute*); por lo que los autores de dicha lengua se refieren a la “falta culposa” y a la “*falta dolosa*”. La aclaración es importante porque generalmente en la literatura jurídica se menciona la culpa en el sentido de falta, que comprende tanto la culpa a título de negligencia o descuido, como a título de dolo.¹⁷

Cuando en este trabajo nos referimos a la culpa como elemento de la responsabilidad civil, a menos que la mencionemos en su sentido restringido o específico, se entiende en su acepción genérica; esto es, que comprende tanto la falta culposa como la falta dolosa.

Prueba del dolo o culpa intencional

El párrafo final del art. 42 del Código Civil define el dolo como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”. En este caso, la crítica que las leyes no deben contener definiciones resulta acertada, porque una interpretación restrictiva puede dar como resultado que la conducta se califique de dolosa cuando esté destinada precisamente a causar daño. Mediante una lectura estricta ni siquiera puede decirse que existe dolo cuando la acción u omisión del agente se realiza con la intención de obtener beneficio propio, aunque cause perjuicios.¹⁸

16. Ob. cit., pág. 192.

17. Ídem.

18. Enrique BARROS BOURIE: Tratado de responsabilidad extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pág. 158.

“La expresión delito civil alude, sin más, a los actos u omisiones ilícitos ejecutados a sabiendas y con la intención de dañar a la persona o los derechos de otro; cuya definición se asemeja al dolo que consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.” (Sentencia Sala de lo Civil, Ref.: 1584-2004, fecha: 12/02/2004). Este criterio es criticable, puesto que el elemento característico del delito civil es la presencia del dolo; no es semejante al dolo, constituye dolo. Sin embargo, lo cito como un ejemplo de la imprecisión que sobre el concepto padece nuestra jurisprudencia.

A pesar de la literalidad del precepto, la doctrina es clara que el dolo no puede entenderse de manera tan restringida; por ejemplo, ALESSANDRI, siguiendo a los autores franceses, dice que dolo es toda situación subjetiva cuyo destino es el provecho propio, pero que de paso cause un daño, incluyendo el fraude. Así, el deudor que simule negocios jurídicos en perjuicio de sus acreedores ha actuado inequívocamente de manera dolosa, aunque su intención inmediata es la de evitar la acción ejecutiva y no necesariamente causar un mal a aquellos.¹⁹

La característica del dolo, como culpa intencional, no solamente comprende el propósito de dañar en sentido estricto, sino la aceptación voluntaria del hecho indebido con conciencia de la antijuricidad de la conducta; de donde la intención se puede referir tanto a los medios como a los resultados.²⁰

Sólo de manera excepcional la intención del agente es la de causar perjuicio ajeno, con exclusión de otro propósito, pues generalmente el daño se asume como una consecuencia colateral de la conducta. Así, quedan comprendidos en este concepto la mala fe o malicia –la conducta contraria a las reglas de probidad y buena fe– y el fraude, o sea, el engaño por acción u omisión, prevaleciéndose de la autoridad o la experiencia, o proporcionando a sabiendas información falsa.²¹

19. Citado por BARROS BOURIE, ob. cit., pág. 159.

20. René A BELIU KMANASEVICH: ob. cit., pág. 159.

21. Ob. cit., pág. 160.

La falta a título de dolo siempre debe probarse, ya que la buena fe –que es lo contrario a la mala fe y sus sinónimos malicia y dolo– se presume.

Esta afirmación tan categórica obedece a la teoría unitaria del dolo, que pregona que debe dársele un tratamiento uniforme; por lo tanto, si la buena fe en la posesión se presume (art. 751 C C), y el dolo como vicio del consentimiento no se presume, sino que debe probarse (art. 1,330 C C), la mayoría de los autores sostienen que se sigue la misma regla en la responsabilidad contractual y extracontractual.²²

No existe ninguna disposición, ni razón jurídicamente fundada por la que el dolo en las relaciones familiares deba dársele otro tratamiento; por lo que, a falta de regulación especial, se aplica la regla general que el dolo o intencionalidad en la causación del daño debe probarse.

Sin embargo, establecer la diferencia entre el dolo y la culpa tiene relevancia en derecho penal, pero en los restantes ámbitos todo daño causado con culpa obliga a la reparación, lo mismo que el causado con dolo; de donde se extrae que es poca la importancia que tiene fuera del derecho penal diferenciar el dolo de la culpa, ya que ésta última es suficiente para establecer la responsabilidad.²³

Prueba de la culpa o descuido

Nuestra ley no define la culpa, pero de la regulación del art. 42 del Código Civil se desprende que la culpa no es más que un error de conducta (MAZEAUD). El concepto que la ley ofrece de las tres clases de culpa se refiere al descuido, esto es, a la ausencia de cuidado, de diligencia. El agente comete un error en la conducta desplegada, ya que su imprudencia, negligencia, impericia o la violación de las reglamentaciones, constituyen culpa; por lo que puede hablarse de culpa por comisión o por omisión.²⁴

22. René ABELIU KMANASEVICH, *Las obligaciones*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 735.

23. Arturo VALENCIA ZEA, *Derecho Civil*, T. III, Temis, 1982, pág. 215.

24. VELÁSQUEZ GÓMEZ: *Estudio sobre obligaciones*, Temis, 2010, págs. 688 y 689.

La culpa es una forma de comportarse, o mejor dicho, el elemento psicológico que acompaña al comportamiento y que puede darse independientemente que haya o no un daño a tercero. Puede haber culpa sin daño, como también puede haber daño sin culpa. El gran aporte de la responsabilidad objetiva es que ocurrido el daño, para nada se requiere analizar el elemento psicológico-volitivo que acompañó a la conducta del agente. En cambio, en la responsabilidad subjetiva se exige que con el comportamiento dañino se haya violado una exigencia legal o se haya cometido imprudencia, impericia o negligencia.²⁵

“La prohibición genérica de no dañar a otros determina que lo prohibido por la ley no es sólo lo implícitamente reprobado por ella, sino también lo inequívocamente descalificado o desautorizado por el derecho; pues, siendo así, el comportamiento antijurídico puede consistir tanto en una acción, como en una omisión.” (Sentencia Sala de lo Civil, Ref.: 1584-2004, fecha: 12/02/2004).

A diferencia del dolo, que tiene un tratamiento unitario, a la culpa o descuido se le da un doble tratamiento en razón que se trate de la responsabilidad contractual y de la extracontractual.

Así, en materia de responsabilidad contractual tenemos norma expresa que dispone cómo se prueba la falta a título de culpa del deudor; se trata del art. 1,418 párr. 3° del Código Civil que prescribe que la prueba de la diligencia o cuidado incumba al que ha debido emplearlo. Lo que equivale a decir que en este ámbito la culpa se presume, pues el deudor debe probar el debido cuidado o diligencia empleado en el cumplimiento de la obligación²⁶.

“La culpa contractual se presume, el deudor debe probar que no ha incurrido en ella, estableciendo el debido cuidado o diligencia empleado en el cumplimiento de la obligación.” (Sentencia Sala de lo Civil, Ref.: 1482-2033, fecha: 08/09/2003).

25. TAMAYO JARAMILLO, citado, pág. 221.

26. ABELIU KMANASEVICH: Las obligaciones, T. I, pág. 203.

La ley impone en el deudor la carga de la prueba de la diligencia o cuidado porque nadie más que él conoce el motivo por el cual incumplió su obligación. Si no cumplió porque se enfermó, porque tuvo un retraso en la producción, por causa de un accidente, etc., son todas cuestiones de hecho que no tiene por qué saberlas el acreedor. Así, la ley utiliza una regla de experiencia para imponer en el deudor la explicación del motivo; que pruebe que actuó con diligencia, o cuáles fueron los hechos extraños que le impidieron cumplir a cabalidad.²⁷

No podemos omitir en esta ocasión que no es lo mismo presunción de culpa que responsabilidad objetiva, pues en el primer caso el responsable puede librarse de ella probando la ausencia de culpa –o sea, que actuó con diligencia o que el suceso es un caso fortuito–; mientras que en la segunda materia la presencia o ausencia de culpa es irrelevante, puesto que la culpabilidad no es componente de la responsabilidad objetiva, por lo que tal circunstancia no es objeto de prueba (*frustra probatur quod probantum non relevant*) art. 313 No. 1º CPCM).²⁸

En contraste, cuando se establezca una presunción de derecho sobre la culpabilidad del agente o del civilmente responsable, tanto equivale a decir que se trata de responsabilidad objetiva, pues precisamente no se admite la prueba de la falta de culpa (ejemplo: art. 2,078 C C).

En el caso de la responsabilidad extracontractual, por regla general, la culpa deberá probarla la víctima. Ello se debe a que en este campo no existe una norma como la mencionada para la responsabilidad contractual; razón por la cual nos regimos por la regla general, siendo ésta que, como dice el art. 1,569 párr. 1º del Código Civil, la prueba de la existencia de la obligación corresponde a quien la invoca.²⁹

Así pues, la víctima alega que el demandado ha incurrido en una acción o abstención dolosa o culpable que le causa daño; o sea, que afirma la

27. VELÁSQUEZ GÓMEZ, citado, pág. 712.

28. ABELIU KMANASEVICH: Las obligaciones, T. I, pág. 206.

29. Ob. cit., pág. 203.

existencia de la obligación resarcitoria, para lo que deberá acreditar la concurrencia de los requisitos legales para que tenga lugar, uno de los cuales es la culpa o el dolo.

“El juramento estimatorio no es medio para probar la existencia de la obligación de indemnizar por daños y perjuicios; pues la obligación que va a dar origen a la reclamación de los daños y perjuicios, debe estar judicialmente probada, la cual puede ser establecida en un debate procesal previo o en el mismo juicio en que se reclamen los daños y perjuicios.” (Sentencia Sala de lo Civil, Ref.: 1325-2001, fecha: 24/04/2001).

“Onus probando incumbitactori”. Principio del Derecho romano, transmitido a todas las legislaciones procesales, que impone la carga de la prueba de un acto jurídico a quien lo alega.” (Sentencia Sala de lo Civil, Ref.: 21-AP-2004, fecha: 27/09/2005).

Como se aprecia, es uno de los componentes más difíciles de establecer para lograr la reparación de perjuicios a favor de la víctima.

Sin embargo, las obligaciones que surgen de las relaciones familiares constituye responsabilidad contractual, en tanto que nacen de la ley; razón por la cual, el obligado es quien debe levantar la carga de la prueba que su incumplimiento se debe a caso fortuito o fuerza mayor que rompe el vínculo causal.

Es burdo el intento de los tribunales de familia de eximir a la parte demandante (generalmente la parte débil de la relación familiar) de la prueba de la culpabilidad, reputándola responsabilidad objetiva y, peor aún, extracontractual, ya que por tratarse de responsabilidad contractual es por cuenta del obligado que corre la carga de la prueba de la falta de voluntariedad en el incumplimiento.

Prueba del daño

Adicionalmente a la necesidad de prueba de la culpabilidad o voluntariedad, en nuestro sistema jurídico la prueba del daño corresponde a la vícti-

30. Ídem.

ma, siguiendo la regla general, puesto que quien pretende indemnización alega la obligación del agente y la prueba de ésta corresponde al que la invoca (art. 1,569 párr. 1° C C).

“Todo actor debe probar la cuantía de los daños y perjuicios que demanda y, aun en el caso que haya probado, el Juez tiene facultades para moderar aquellas partidas cuyo monto considere injusto.

Los daños morales deben ser legalmente acreditados. La Sala de lo Civil no puede evaluar el daño moral en abstracto o genéricamente. Es menester contar con elementos concretos y precisos que ayuden a una evaluación objetiva y así evitar errores o abusos. Deben tenerse a la vista elementos suficientes para cuantificar el daño moral y tal probanza corresponde suministrarla al actor.” (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: 21-AP-2004, Fecha: 27/09/2005).

“Al demandante le es imperioso aportar prueba suficiente para que su pretensión sea resuelta en forma favorable, ya que la intención de la ley es que los daños y perjuicios reclamados se comprueben debidamente.” (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: 18-AP-2006, fecha: 15/05/2007).

La excepción a esta regla la encontramos en el caso de las obligaciones de pagar cantidad de dinero, ya que el art. 1,430 N° 2° del Código Civil dispone que el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, pues basta el hecho del retardo; esto es, del incumplimiento.

“En el caso de incumplimiento de obligaciones o actos ilícitos, el perjudicado por ellos tiene derecho a ser indemnizado por el causante de los daños que éste le haya ocasionado en forma efectiva y también de las utilidades que haya dejado de percibir por el retardo en el cumplimiento de la obligación, o en virtud del acto ilícito cometido; y cuando se trata de obligaciones de dar sumas de dinero, el perjuicio causado se traduce en intereses.” (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: 79-AP-2007, fecha: 06/02/2009).

No obstante que se trata del único caso de excepción a la necesidad de la prueba del daño, la jurisprudencia de los tribunales de familia –sin base legal alguna– considera que se presumen los perjuicios morales, teoría que no comparto.

“En la responsabilidad extracontractual, el solo quebrantamiento de la obligación genérica de no dañar a la persona, implica para el damnificado una afectación a sus sentimientos que resulta notorio; así surge la tesis de que el daño moral no requiere prueba, pues se demuestra por sí solo con la verificación de la titularidad del derecho lesionado en cabeza del reclamante y la omisión antijurídica del demandado.” (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: 1216-2001, fecha: 18/12/2001).

“La Sala de lo Civil, sostiene el criterio que el daño moral se tiene acreditado por la sola comisión del acto antijurídico, es decir, constituye una prueba in re ipsa o que surge inmediatamente de los hechos mismos, por lo que resulta innecesario probar su existencia a través de cualquier medio.” (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: 655-2002, fecha: 28/11/2002).

La máxima citada confunde lo que es la prueba de la culpa con la acreditación del daño, ya que la *culpa in re ipsa* es sinónimo de culpa infraccional, pero ello no exime de la prueba de la efectividad de los daños reclamados.

La culpa infraccional existe cuando se incumplen o no se observan las prescripciones legales o reglamentarias aplicables a la actividad que se trate o en el comportamiento exigido. El ordenamiento legal impone a los individuos una determinada actuación, generalmente recogiendo experiencias de la vida diaria, que dictan que la mayoría de esas conductas se pueden calificar de culposas aunque no las prescriba expresamente una norma. El ejemplo más claro es la normativa de tránsito, ya que reglamenta conductas que pretenden evitar comportamientos imprudentes, negligentes o imperitos de los conductores.³¹

Toda vulneración de una regla explícita imperativa es en sí misma indebida y en consecuencia culposa, sin necesidad de buscar una negligencia, impericia, imprudencia, descuido o falta alguna en la conducta del agente. La ley puede, al igual que el contrato, imponer deberes más o menos estrictos, que van desde la simple obligación de emplear ciertos medios o de utilizar ciertas precauciones hasta las de obtener un resultado determinado,

31. TAMAYO JARAMILLO, citado, pág. 225.

cualesquiera sean las circunstancias en las cuales se despliega la actividad comprometida (VINEY).³²

En la jurisprudencia italiana la transgresión a las reglas observables exime de la necesidad de individualizar concretamente una acción culposa con la finalidad de apreciar la responsabilidad civil, y se dice que se está en presencia de la “*culpa in re ipsa*”, porque la violación de una norma que ordena o prohíbe un determinado comportamiento con función preventiva lleva consigo un juicio automático de culpa.³³

La mera infracción a las prescripciones legislativas, que imponen determinado comportamiento a los individuos, genera la obligación de resarcimiento a cargo de quien la ha cometido, pero siempre que se llenen los demás requisitos de la responsabilidad civil, en tanto que es insuficiente si no se une causalmente con el evento dañoso.³⁴

Prueba del daño y prueba de su estimación o valor

La tesis de la presunción de los daños morales tiene una premisa falsa, en tanto que lo imposible de evaluar monetariamente son los perjuicios extra patrimoniales, en cuanto se refieren a bienes o derechos que no tienen valor económico determinable.

Sin embargo, la existencia e intensidad de tales daños son perfectamente verificables, según el desarrollo actual de las ciencias de la psicología y la medicina. Incluso el daño fisiológico es determinable en su intensidad, por la naturaleza de las lesiones sufridas por la víctima, de las habilidades profesionales o artísticas y de las actividades lúdicas o afectivas de las que se ha privado o desmejorado.³⁵

32. Ídem.

33. Giovanna VISINTINI: Tratado de la responsabilidad civil, T. 1, Editorial Astrea, 1999, pág. 57.

34. Ob. cit., pp. 60 y ss.

35. TAMAYO JARAMILLO, T. II, cit., pp. 805 y 806.

Los tribunales de familia confunden lo que es la prueba del daño con la de su valor, cuantía o estimación. La existencia e intensidad de los perjuicios morales deben ser establecidas procesalmente mediante las pruebas útiles y pertinentes; especialmente, el informe de peritos o facultativos, testigos y el reconocimiento judicial.³⁶

Algo de esta idea ha permeado en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, así: «Cuando el Código Civil expresa que “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño”, no distingue a qué clase de daño se refiere y donde la ley no distingue no puede distinguir el intérprete. Así también la expresión: “todo daño que pueda ser imputado a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”, no puede ser más amplia y por lo tanto una decisión que dé lugar al resarcimiento por daño moral perfectamente puede asimilarse a las disposiciones del Código Civil.» (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: 1216-2001, fecha: 18/12/2001).

“Surge una clara diferencia entre el daño moral y psíquico, en orden a demostrar la existencia del agravio, ya que la doctrina reconoce la procedencia del primero sin requerir prueba alguna; mientras que en el segundo son admisibles todos los medios probatorios y particularmente, la prueba pericial o psicológica.” (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: 665-2002, fecha: 28/11/2002). No puedo estar de acuerdo en que el daño moral es diferente del psíquico; pero lo menciono como un ejemplo de la factibilidad de la prueba del daño inmaterial.

Para que el daño sea indemnizable debe ser cierto; o sea, que no es indemnizable el daño eventual, meramente hipotético, que no se sabe si existirá o no.³⁷ Ahora bien, daño cierto no descarta la indemnización del daño futuro, con tal que sea cierto, que no quepa duda que va a ocurrir; como es el caso del lucro cesante, ya que siempre es un daño futuro, pero no se pone en duda su verificación, porque es más probable que ocurra y no lo contrario.³⁸

36. Ob. cit., pág. 812.

37. ABELIU KMANASEVICH, ob. cit., pág. 226.

38. Ob. cit., pág. 227.

El daño es actual o cierto cuando el fenómeno que lo genera (la acción o abstención del agente) se ha producido necesariamente; es decir, no puede ser futuro y eventual. Es necesario que el agente haya desencadenado con su conducta una serie de alteraciones del mundo externo, cuyo resultado final será la lesión a un bien patrimonial o extra patrimonial de la víctima.³⁹

La certidumbre del daño no se confunde con su cuantía. Para que exista condena en daños y perjuicios no debe haber duda en la convicción del juzgador que el daño existe o existirá, pero no puede abstenerse de condenar so pretexto que no se ha probado su importe.⁴⁰

Nuestro ordenamiento procesal siempre ha contemplado la posibilidad de una sentencia condenatoria genérica por la existencia de un daño (annde beatur), dejando la posibilidad para la liquidación de su monto en un proceso simplificado posterior (quantum debeatur). Esta solución que aparecía en el anterior Código de Procedimientos Civiles (arts. 960 y 962), se repite en el actual Código Procesal Civil y Mercantil, cuando el art. 241 No. 1° así lo dispone expresamente.

“Cuando en un proceso anterior se ha condenado en daños y perjuicios a alguien, es decir, ya existe ese hecho generador, que es la condena, y solo falta liquidar o cuantificar dichos daños y perjuicios, ya que esto no se hizo por alguna razón en el proceso anterior, se utiliza la vía sumaria que es constitutiva de un proceso breve y sencillo.” (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: Ap. N° 1260-2001, de fecha: 01/06/2001).

“Para seguir el proceso de liquidación se requiere un pronunciamiento judicial previo que declare sobre la existencia de los daños y perjuicios, para lo cual es necesario presentar la ejecutoria en que conste dicha condenación.” (Sentencia Sala de lo Civil Ap. N° 1176-2003, fecha: 30/09/2003; concordancias: Ap. N° 1220-2003, fecha: 24/10/2003 y Ap. N° 1176-2003, fecha: 30/09/2003).

39. TAMAYO JARAMILLO, ob. cit., pág. 337.

40. Ob. cit., pág. 338.

“Para reclamar la obligación de liquidar los daños y perjuicios, que constituye una responsabilidad civil extra contractual, es necesario comprobar en juicio previamente la existencia de tales daños y perjuicios.” (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: 1222-2004, fecha: 23/02/2004).

Cuantificación del daño moral

Originalmente se consideró que una de las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual era en punto a la indemnización de los perjuicios morales, en base a la dificultad que se ofrece en su estimación pecuniaria; sin embargo, esa divergencia está ahora superada pues la misma dificultad se presenta en ambos terrenos (JOSSERAND).⁴¹

La principal objeción para admitir la reparación de los perjuicios morales en la responsabilidad extracontractual, pero no en la contractual, es el texto del art. 1,427 del Código Civil, que prescribe que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

La doctrina responde a dicha tesis que tal norma establece el criterio para estimar la indemnización de los perjuicios materiales, por lo que no queda excluida la reparación del daño moral fundada en el principio general del derecho que prescribe que la víctima de un hecho indebido tiene derecho a la reparación de todos los daños que se le hayan causado (*nemo ex altera culpa præ gravari debet*).⁴²

La cabal reparación del daño moral no es factible porque el dinero no puede borrar el dolor; sin embargo, la indemnización pecuniaria consiste en una equivalencia de valores y no en una sustitución material de bienes. Así, por ejemplo, el dinero no reemplaza el bien u objeto destruido, tanto

41. Guillermo OSPINA FERNÁNDEZ: Régimen General de las Obligaciones, Temis, 2001, pág. 120.

42. Ob. cit., pág. 119.

como no elimina el sufrimiento; pero sí produce una satisfacción ya que el dinero no solamente sirve para proveer a las necesidades materiales, sino también las necesidades morales, intelectuales, artísticas, etc.⁴³

También es necesario tener presente que el monto del daño moral es incommensurable, por lo que no puede ser objeto de estimación por los diferentes medios de prueba –por ejemplo, evaluación pericial–; finalmente, la dificultad de la determinación del daño moral no es razón para la impunidad del responsable.⁴⁴

Razones todas ellas que resultan en la tesis del arbitrii miudicis, que pregonan que aunque el daño moral subjetivo no puede ser totalmente reparado, pero sí pueden darse algunas satisfacciones equivalentes; a ese efecto, en nuestro medio se entiende que el monto del daño moral equiparable al valor del perjuicio patrimonial, en caso que proceda.

“La indemnización por daño moral, aunque quiera reparar la aflicción sufrida en el plano de la más alta significación humana, no puede prescindir del examen de elementos objetivos así, entre otros, deberán examinarse: la edad del hijo; las condiciones personales, la situación familiar y la relación social de la víctima; la tranquilidad y la paz perturbados como signos de convivencia, toda vez que los sentimientos son relaciones personales subjetivas, únicas y autónomas (cfr. GHERSI y otros, ob. cit., págs. 189 y siguientes).” (Sentencia Casación N° 1216-2001, de fecha: 18/12/2001).

“En otras palabras, debido al sufrimiento causado al apelante y sus familiares, al habersele destituido de su cargo en las condiciones en que se lo hizo, el daño moral ocasionado debe además ser reparado por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria, la cual debe fijarse conforme al Principio de Equidad y basándose en una apreciación prudente del daño moral, el cual no es susceptible de una tasación precisa.” (Sentencia 1723-2004, fecha 07/06/2004).

“Vistas las razones expuestas, y ante la dificultad de la cuantificación real del daño moral ocasionado, esta Sala es del criterio, que es válido, por razones de

43. VALENCIA ZEA, citado, pág. 240.

44. OSPINA FERNÁNDEZ, citado, pág. 120.

justicia y equidad, tomar como parámetro de referencia para el establecimiento de la cuantía de los mismos, igual proporción que los sueldos dejados de devengar por el agraviado...” (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: Casación No. 134-C-2005, de fecha 22/11/2005).

“A efectos de concretar la cuantificación de la indemnización, buscando una justificación la Cámara sentenciadora los equiparó a los perjuicios patrimoniales, susceptibles por ello de concreta valoración económica. Que al actuar así la Cámara sentenciadora de ninguna manera fue arbitraria en el procedimiento, sino por el contrario actuó razonablemente cuando cuantificó la obligación de pagar daños morales, equiparándolos con los expendios ocasionados por la demanda, que los determinó con un parámetro que a su criterio compensa el detrimento moral ocasionado; sin que esto signifique que se ha violentado la disposición que expresa que los procedimientos no penden del arbitrio de los jueces tal como sostiene el impetrante,...” (Sentencia 57-CAC-2010, de fecha: 20/05/2011)

En resumen, la clasificación de los daños y perjuicios en materiales y morales atiende a la naturaleza del interés lesionado, pero no debe tomarse como criterio para excluir la indemnización de unos o de otros, sino que debe pregonarse la procedencia de la reparación de todo perjuicio en los diversos órdenes de la responsabilidad civil, con igualdad de regímenes y efectos.

Conclusión

Los tópicos desarrollados pueden ser resumidos de la siguiente manera: La tesis que los daños morales en materia de familia son de carácter objetivo no se sustenta, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general es la responsabilidad subjetiva: la obligación resarcitoria es la consecuencia de una acción u omisión imputable al agente.

Por tratarse de la excepción a la regla general, la responsabilidad objetiva debe ser establecida por una norma de rango legal; no existiendo una sola norma en la legislación de familia que disponga que el incumplimiento de las obligaciones familiares constituya responsabilidad objetiva.

La responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones familiares es de carácter contractual, porque constituye una falta a una relación preestablecida, que nace de la ley misma.

El incumplimiento a las disposiciones legales de familia constituye una falta culpable en sí misma (culpa infraccional;...in re ipsa), pues no necesita establecerse una negligencia, impericia o imprudencia alguna en la conducta del agente.

La culpa en el incumplimiento de las obligaciones familiares se presume (culpa contractual); es al obligado a su observancia a quien corresponde levantar la carga de la prueba de la falta de voluntariedad por la inobservancia, o de la existencia de evento extraño que rompe el vínculo causal.

El daño moral debe probarse, tanto en su ocurrencia como en su intensidad, por medio de la prueba pertinente y útil; no obstante, la falta de cuantificación no es óbice para su declaratoria, si se establece procesalmente (annde beatur), pudiendo liquidarse su monto en un proceso posterior (quantum debeatur).

Sin embargo, el daño moral es inconmensurable; por lo cual su monto debe fijarse conforme al Principio de Equidad y basándose en una apreciación de elementos objetivos, para lo cual es útil el parangón con los perjuicios patrimoniales. En su ausencia, deberán estimarse, entre otros: la edad; las condiciones personales y económicas; la situación familiar y el entorno social del agente y de la víctima.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR. ACUERDOS DE LOS PROGENITORES EN RELACIÓN A SU RESPONSABILIDAD PARENTAL

Karen Lissette Echeverría Guevara

*A Carlos Gómez, Alexis Pérez y Lila Mena,
por su apoyo constante.*

SUMARIO

Introducción. Mediación. Concepto. Características. Ventajas. Mediación Extrajudicial e Intrajudicial. El Rol del Mediador. El Procedimiento de Mediación. La Mediación Familiar. La Responsabilidad Parental. Acuerdos en Sede Judicial. Divorcio por Mutuo Consentimiento. Divorcio Contencioso. Palabras de Cierre. Bibliografía.

Introducción

En las situaciones de crisis familiar, adquieren relevancia las decisiones que los progenitores han de tomar en relación a la responsabilidad parental que ejercen respecto de sus hijos; esas decisiones deben materializarse en acuerdos que busquen primordialmente el interés superior de aquellos, siendo necesario que los progenitores tengan una adecuada comunicación y madurez que les permita anteponer a sus intereses, el beneficio de sus hijos. En esta situación, la mediación familiar resulta una alternativa adecuada para promover acuerdos y garantizar la efectividad de estos.

Este trabajo desarrolla los aspectos generales de la mediación como forma de resolución alterna de conflictos, haciendo referencia a sus características y ventajas, así como al rol que ejerce el mediador dentro del procedimiento de mediación. Lo anterior permitirá su abordaje en el ámbito familiar, relacionándolo con la responsabilidad parental y los acuerdos que los progenitores deben de tomar respecto de sus hijos en el momento del divorcio.

La Mediación

Concepto

En el uso común, el término “mediar” aparece ligado a la “acción de interceder o rogar por alguien,” “interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.”¹

La palabra mediación se usa para designar un procedimiento no adversarial, estructurado en etapas, confidencial y en el cual participa un tercero neutral que no tiene poder sobre las partes, que conduce la negociación entre estas, dirige el procedimiento, se abstiene de asesorar, aconsejar, emitir opinión o proponer fórmulas de arreglo, es imparcial y ayuda a las partes a acordar cuestiones no necesariamente jurídicas, a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas, para llegar a un resultado mutuamente aceptable; es decir, les ayuda a que, en forma cooperativa, encuentren el punto de armonía en el conflicto.

Doctrinariamente, la mediación se define como un procedimiento que resuelve un conflicto entre dos, con un acuerdo justo y legal obtenido de un diálogo mantenido de forma voluntaria y moderado por un mediador imparcial y neutral, provisto de autoridad moral y privado de potestad coercitiva.²

En ese sentido, la mediación se encuadra como un mecanismo alternativo para resolución de disputas³ a través del cual las partes en conflicto llegan

-
1. Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición, Madrid, España, 2001. Además la RAE, explica que mediación es la “Actividad desarrollada por una persona de confianza de quienes sostienen intereses contrapuestos, con el fin de evitar o finalizar un litigio.”
 2. PUY MUÑOZ, Francisco: “La Expresión <<Mediación Jurídica>>. Un Análisis Tópico” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente,” Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 25.
 3. Conocido como ADR (Alternative Dispute Resolution) por sus siglas en inglés.

por sí mismas a una solución⁴ con la ayuda de un mediador quien con su formación, ofrece a las partes nuevas vías de diálogo y entendimiento para crear un ambiente de colaboración que, por lo general, es impedido en el ámbito contencioso⁵.

Características

La mediación se caracteriza por su voluntariedad, flexibilidad, confidencialidad, imparcialidad, neutralidad y objetividad⁶.

4. En este sentido, ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (“Mediación Familiar” en GONZÁLEZ POVEDA, Pedro: “Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales,” Editorial Sepin, Madrid, España, 2005, p. 1109) sostiene que el principio de autonomía de la voluntad de las partes es el eje sobre el que gravita la esencia de la mediación, que se potencia con la intervención profesional del tercero mediador como facilitador de la comunicación, de la racionalización de los problemas, y como garantía de que la formación de voluntad no estará condicionada por ningún tipo de elemento extraño respecto de los verdaderos intereses de las partes.

5. GONZÁLEZ CANO, María Isabel: “Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos.” Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 137.

Esta autora sostiene que si el proceso de mediación seguido tiene por efecto que las partes mejoren su comunicación y ello les conduce a la superación de sus diferencias, en la medida que ellas mismas lo han logrado, tanto el grado de compromiso mutuo alcanzado como la satisfacción, les llevará a cumplir los acuerdos a los que hayan llegado y a perfeccionar el modo en el que se relacionarán en el futuro. Con ello, la mediación habrá cumplido su función al procurar el conocimiento de las personas y fomentar su comunicación, lo cual les permitirá entenderse y convivir de un modo tendencialmente menos conflictivo en el futuro.

6. Sobre las características de la mediación, Vid. ampliamente MARTÍN-CASALS, Mi-quel: “Líneas Generales de la Mediación Familiar en España” en GARCÍA GARNICA, María del Carmen y otros: “Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinaria,” Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2008, Pp. 34-36; OROZCO PARDO, Guillermo: “Notas Acerca de la Mediación en el Derecho Español. Comentario a la Ponencia del Prof. Scott H. Hughes sobre la Protección Institucionalizada de los Mediadores en los Estados Unidos”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, número 5, 2002, p. 748; ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Mediación Familiar,” Op. Cit. p. 1112; PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa “La Mediación en el Marco del Protocolo Familiar”, en Actualidad Civil, número 9, quincena del 1 al 15 de mayo de 2010, Tomo 1, Editorial La Ley [LA LEY 2439/2010], Pp. 997 y ss.; RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: “La Mediación Familiar” en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coordinador) Et. Al: “Derecho de Familia,” Editorial Bosch, S.A., Primera Edición, Barcelona, 2011, Pp. 165, 166.

Voluntariedad

La voluntariedad es un elemento del procedimiento de mediación, con la decisión de iniciar, participar y continuar o no en él. Constituye un principio fundamental, cuya esencia determina que las partes tienen derecho no solo a decidir someterse a mediación, sino también a retirarse del procedimiento en cualquier momento y nadie puede obligarles a reiniciarlo⁷. En caso de acuerdo, este es alcanzado voluntariamente, no existe una autoridad que lo imponga aunque se trate de un tercero neutral.

Precisamente, la eficacia de la mediación se basa en la voluntad de las partes, frente a los procesos adversariales en los que la solución es impuesta por un tercero investido de poder para ello. Igualmente la voluntariedad de la mediación se manifiesta a la hora de elegir el profesional que actuará como mediador.

Flexibilidad

La flexibilidad del procedimiento está ligada a la informalidad del mismo. Se realizan sesiones conjuntas entre las partes y el mediador, incluso pueden ser privadas entre el mediador y una de las partes. Las sesiones suelen tener una duración de dos horas, aún cuando el tiempo tampoco está reglado y por tanto puede ser flexible.

Confidencialidad

La confianza ha de transmitirse por el mediador a las partes, en el sentido de que él será un testigo “mudo” respecto a todo lo que allí se manifieste y es también un compromiso que han de aceptar las partes, incluso de forma solemne, mediante la firma de un documento inicial, de que no harán uso de la información que reciban, fuera del ámbito de la mediación⁸.

Así, todo lo manifestado durante la mediación es confidencial; sin la autorización expresa de una parte y en el transcurso de una sesión conjunta,

7. Así lo expone GARCÍA GARCÍA, Lucía: “Mediación Familiar. Prevención y Alternativa al Litigio en los Conflictos Familiares”, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2003, p. 136

8. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Mediación Familiar,” Op. Cit. p. 1112

el mediador no podrá revelar a la otra ningún contenido expuesto durante una sesión privada.

ORTUÑO MUÑOZ⁹, destaca que la protección de la confidencialidad opera a tres niveles:

- El mediador queda vinculado por el secreto profesional respecto de los hechos y circunstancias que le han sido confiados, y de este deber ha de responder administrativamente, en el ámbito profesional, civil y penal;
- El mediador no puede ser llamado a declarar como testigo en el juicio contencioso subsiguiente, ni tampoco puede actuar como perito; y
- Las partes no pueden utilizar en el posterior proceso judicial los hechos reconocidos en el contexto de la mediación.

Se debe acotar que esta característica de confidencialidad tiene su límite en materias de orden público, con lo cual ha de ceder ante el riesgo de la integridad física de las personas, del interés superior del niño, niña o adolescente, o ante la investigación judicial de hechos de naturaleza delictiva.

Imparcialidad

El mediador no debe tomar partido ni inclinarse a favor de alguna de las partes, debe limitarse a controlar la negociación marcando las pautas y facilitar tanto la comunicación como las alternativas existentes para la resolución del conflicto. El agente mediador no se encuentra unido a ninguno de los intervinientes en el conflicto, es un tercero respecto de él, que debe observar de forma objetiva las cuestiones planteadas. La implicación del agente mediador, a favor de uno de los intervinientes, supone la pérdida de la imparcialidad necesaria en el ejercicio de su función. En caso de existir conflicto de intereses, entre las partes y el mediador, o algún vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, amistad íntima o enemistad manifiesta entre ellos, el mediador debe abstenerse de conocer y remitir a las partes a otro mediador¹⁰.

9. Ídem

10. GARCÍA GARCÍA, Lucía: “Mediación Familiar. Prevención...”, Op. Cit., p. 140

Neutralidad

El mediador ha de contar con dos cualidades indispensables: Ha de ser una persona reflexiva y debe ser una persona sumamente respetuosa con las ideas de los demás, pues ha de actuar como “maestro de la tolerancia”¹¹. Esta característica está relacionada con la forma de relacionarse del mediador con las partes, sin favorecer a ninguna, ni aceptar prestaciones o retribuciones hacia su persona bajo ningún concepto. Ello implica alta credibilidad del mediador hacia las partes, bajo o nulo poder sobre estas, enfoque orientado en el procedimiento y no en el resultado y aportar racionalidad e información adecuada¹².

Objetividad

El mediador debe mantener a toda costa la objetividad y no mostrar su opinión en ningún caso, por lo que se abstendrá de aconsejar u ofrecer sugerencias, puesto que ello supondría la pérdida de confianza de las partes hacia el mediador, lo que traería como consecuencia la imposibilidad de ayudarles a que, por sí mismas, encuentren y asuman como propio el acuerdo.

Ventajas

Doctrinariamente, se afirma que la mediación reduce el quehacer de los tribunales de justicia, ahorra tiempo y dinero, evita que haya ganadores y perdedores, aumenta la creatividad al momento de buscar un acuerdo, propicia el protagonismo y responsabilidad de las partes, y los acuerdos que se logran tienen efecto por más tiempo¹³. En ese contexto, cabe resaltar que la mediación es:

-
11. Así lo expone ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Mediación Familiar” Op. Cit. p. 1115
 12. GUTIÉRREZ HERNÁN, Eva y CORZÓN PEREIRA, Francisco: “Aspectos Psicosociales” en SOUTO GALVÁN, Esther (Dir.): “Mediación Familiar”, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2012, pp. 300 y 301
 13. GARCÍA PRESAS, Inmaculada: La Mediación Familiar Desde el Ámbito Jurídico”, Editorial Juruá, Lisboa, Portugal, 2010, p. 31

Rápida

Puede terminarse con el problema a las pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia de una o dos horas, no obstante las disputas complejas pueden requerir sesiones adicionales.

Confidencial

No hay mayor obligación para el mediador que el deber de preservar el secreto de todo lo que le sea revelado en las sesiones. Sin este deber la mediación no funcionaría, porque las partes no se sentirían libres de explorar honestamente todos los aspectos de su disputa y posibles caminos para un acuerdo.

Justa

La solución a toda controversia se adapta a las necesidades comunes de ambas partes, pues son ellas las que la encuentran.

Exitosa

Al ser un acuerdo voluntario y justo que satisface a las partes, la ejecución de dichos acuerdos genera responsabilidad sobre los compromisos adquiridos, ocasionando pocos inconvenientes.

Mediación Extrajudicial e Intrajudicial

Mediación Extrajudicial

Es un procedimiento iniciado a instancia de las partes en conflicto, sin que exista de fondo un proceso judicial en trámite¹⁴. Tiene su origen tanto en oficinas públicas como privadas, es decir, no se realiza ante ninguna autoridad judicial, radicando la fuerza en la voluntad de las partes, quienes consienten libremente al momento de someterse a la mediación, cumplien-

14. BOTANA CASTRO, Ana Vanesa: "Conceptos Básicos de Referencia", en SOUTO GALVÁN, Esther (Dir.): "Mediación Familiar", Op. Cit., p. 37

do voluntariamente los acuerdos alcanzados. Esta es la única fuerza que puede tener, por ello es necesario poner previamente en comunicación a las partes.

Mediación Intrajudicial

Es aquella que se desenvuelve en cualquiera de las etapas del proceso que está siendo tramitado en el juzgado. Supone la suspensión del proceso mientras las partes acuden al servicio de mediación, sin perjuicio de que el Juez, ya sea de oficio o a petición de parte, adopte las medidas cautelares que estime convenientes para salvaguardar los intereses de las partes.

De alguna forma, lo que determina la necesidad de regulación legal de la mediación es la relación de la misma con el proceso judicial. No se trata de una judicialización de la mediación, pues no se ha de olvidar que estamos ante un mecanismo alternativo, pero tampoco se puede ignorar que el sistema judicial es el referente último del Estado de Derecho y que, por lo tanto, también ha de ser la imprescindible garantía de que los acuerdos alcanzados por vía de la mediación serán reconocidos por quien tiene la capacidad de disponer su ejecución forzosa y de garantizar en último extremo el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva¹⁵.

ORTUÑO MUÑOZ¹⁶, sostiene que esta relación de la mediación con el proceso judicial reviste una gran problemática:

1. Supuestos de derivación judicial y alcance de las facultades del Juez para propiciar la mediación:

- a. La derivación facultativa del Juez, que se vuelve obligatoria para las partes.

Esto implicaría desatender el carácter voluntario para someterse a mediación, pudiéndose dilatar el proceso innecesariamente, pues las partes al no contar con una actitud positiva frente a la decisión del Juez,

15. Cfr. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: "Mediación Familiar," Op. Cit. pp. 1122-1124.

16. Ídem

no alcanzarían acuerdos por no tener la disposición de solucionar el conflicto de manera amigable y, de alcanzarlos, podrían no ser eficaces.

- b. La posición pasiva del Juez, dejando toda la iniciativa a la solicitud de ambas partes; o
- c. El establecimiento de una vía intermedia, con la derivación a una sesión informativa obligatoria, sin vulnerar el carácter de voluntariedad, ni el derecho del ciudadano a la tutela judicial efectiva.¹⁷

Estas disyuntivas podrían superarse si el juzgado tiene adscrito un equipo especializado que promueva la mediación en los usuarios del sistema judicial a fin de evitar la sustanciación de procesos contenciosos. La información oportuna sobre la mediación y sus ventajas puede generar en los usuarios interés y disposición para someterse a ella, lo que a su vez implicará la solicitud al Juez de la suspensión del proceso, mientras se desarrollan las sesiones de mediación en busca de un acuerdo. De llegar a una solución, las partes deberán presentar al Juez los resultados del acuerdo de mediación a fin de que sean homologados, previo control judicial para garantizar que dichos acuerdos no vulneren derechos o impliquen la renuncia de estos.

2. Garantías de la confidencialidad en los supuestos en los que la mediación no llega a buen término y se pretende que el mediador sea llamado como testigo para suplir deficiencias probatorias.

Por el carácter confidencial de la mediación, no está permitido utilizar al mediador como perito o testigo en el proceso judicial en que intervienen las partes destinatarias del servicio de mediación. Tampoco podrán utilizarse como prueba, las actas levantadas en las sesiones que

17. En ese mismo sentido, GARCÍA GARCÍA, Lucía: “Mediación Familiar. Prevención...”, Op. Cit., pp. 136 y 137. Esta autora sostiene que la mediación puede establecerse como una fase previa al inicio del proceso contencioso, salvando al mismo tiempo la voluntariedad al admitir que se sometan a este procedimiento únicamente quienes no hagan constar de forma explícita y tajante su negativa. Argumenta que la obligación a las partes reside únicamente en asistir a la sesión informativa previa, a fin de conocer las ventajas de solucionar sus problemas por esa vía y poder decidir si continúan o no con el proceso contencioso.

registran lo manifestado por ambas partes durante el procedimiento de mediación.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, esta prohibición queda atenuada en los casos en que el mediador esté en presencia de hechos que constituyan delito.

3. Regulación de la abstención y recusación en relación al mediador.

Como en todo procedimiento, debe establecerse los casos en que el mediador debe abstenerse de brindar los servicios de mediación, así como determinar los supuestos en que las partes pueden solicitar la recusación del mediador.

Justificación de la Mediación Intrajudicial

En el contexto judicial, la mediación puede figurar no solo como un mecanismo alternativo para la solución del conflicto, sino también como un mecanismo complementario o adecuado¹⁸, pues con su aplicación se podrá lograr un aumento en la eficacia de las medidas adoptadas, sustentado en la participación conjunta de las partes en la toma de decisiones. Por ejemplo, en los conflictos matrimoniales el proceso judicial no siempre es una solución adecuada, funcionando mejor otros mecanismos como la mediación por desarrollarse en un ambiente privado, que permite a las partes manifestar información de carácter confidencial, que les ayuda a visualizar claramente las situaciones que provocaron la crisis familiar y a comprender el punto de vista de cada uno en el conflicto, a modo de encontrar un punto común que sirva como base de los acuerdos.

18. Así lo expone CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (“Mediación en el Ámbito Familiar: Marco Normativo” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos.” Habilidades Para Una Necesidad Emergente,” Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 275) quien sostiene que, aun y cuando a los mecanismos de solución de conflictos distintos al proceso judicial se les ha venido denominando resolución alternativa de conflictos, actualmente al término alternativa se han incorporado los de adecuada o complementaria, en gran medida porque la alternatividad no siempre responde a la verdadera naturaleza de la técnica o medio empleado y, como tal, no sirven tan sólo como métodos alternativos frente a los procesos, sino complementarios o adecuados respecto de los procesos judiciales.

En ese sentido, la mediación en el contexto judicial no solo surge como una alternativa, sino también como un complemento que pretende modificar la paradoja de intentar resolver el conflicto mediante el enfrentamiento, con el consecuente trauma y desgaste psicológico, económico y emocional vivido en los procesos contenciosos.

Recordemos que en la mediación, todas las partes resultan ganadoras puesto que se arriba a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse perdedor al tener que cumplir lo decidido por el Juez¹⁹.

El rol del mediador

En cuanto al rol del mediador, este no debe actuar como un Juez, pues no puede imponer una decisión ni le corresponde enjuiciar las pretensiones de las partes, tampoco puede proponer por su cuenta una solución; debe actuar como un catalizador, educador y comunicador, pues su función es conducir y facilitar la comunicación entre las partes para que puedan identificar claramente los puntos de la controversia, descubrir los intereses y explorar las posibles vías de solución²⁰. El mediador plantea la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual todos ganan, cambiando la actitud que las partes adoptan en el litigio –en que la postura es antagónica– por lo que una gana y otra pierde.

Así, el mediador no es un mero oyente amable y pasivo que asiente con la cabeza para mostrar compasión mientras las partes describen sus preocupaciones; por el contrario, es un oyente activo, modelador de ideas, que mostrará el sentido de la realidad necesario para lograr que las partes alcancen los acuerdos convenientes. Esto lo hará a través de una gama de estrategias y técnicas que favorece el cambio de actitudes.²¹

19. HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ G.: “Mediación para Resolver Conflictos,” Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1995, p. 122

20. GARCÍA GARCÍA, Lucía: “Mediación Familiar. Prevención...”, Op. Cit., p. 151

21. STULBERG, Joseph B.: County Court Mediation. A Mediator's Manual, Florida, EE.UU., 1989. Entre estas técnicas está la de utilizar todos los recursos posibles, valiéndose de las manifestaciones emocionales de las partes, a fin de que surjan diálogos productivos y descubrir los verdaderos intereses, ocultos tras las inflexibles posiciones que mantienen. Por lo cual, el mediador no defiende los derechos de las partes en

Precisamente, el mediador es un intermediario, no es un Juez que decide, ni un abogado que aconseja o patrocina a las partes, ni un terapeuta que las cura. Su única función es acercar a las partes, pero lo hace en un ambiente adecuado, utilizando sus habilidades expresamente adquiridas a estos efectos, rompiendo el hielo entre los contendientes, sacándolos de sus rígidas posiciones y abriéndolos a soluciones creativas.

Como señala **GONZÁLEZ CANO**²², el mediador no tiene más función que la de asistir o ayudar a las partes en su intento de superar del mejor modo la situación en la que se encuentran, ayuda a bajar los ánimos alterados, actúa como guía imparcial de la discusión y asegura que todas las partes tengan la oportunidad de hablar e intervenir, asimismo ayuda a diferenciar los intereses y las posiciones, trasladando la información de una parte a la otra en un lenguaje positivo, para que aquellas vean el conflicto con realismo y objetividad. Para ello es imprescindible que el mediador cuente con la confianza de los intervinientes. De esta manera, el mediador es un técnico ajeno al conflicto y a las partes, enseñándoles, no solo a comunicarse, sino también a recuperar sus habilidades de diálogo para encontrar por sí mismas la solución a su conflicto.

Asimismo, el mediador ha de permitir que se manifiesten los sentimientos y las emociones, que salgan al exterior todo el enfado, el resentimiento y el dolor acumulados para poder contener la crisis, pero todo ello bajo unas premisas establecidas previamente al inicio del procedimiento: no gritos, no insultos, no descalificaciones personales. En estas condiciones radica el secreto de la mediación, a fin de evitar que el conflicto degenera en violencia, evitando la escalada de hostilidad entre las partes²³.

Por otro lado, el mediador debe ser empático, flexible, creativo y tener capacidad de escucha activa, lo que le permitirá reconocer sus propios pre-

particular, sino que piensa en sus necesidades y en las del resto del núcleo familiar. Así lo expone GARCÍA GARCÍA, Lucía: "Mediación Familiar. Prevención...", Op. Cit., p. 153. Esta autora destaca las siguientes estrategias a utilizar por el mediador: uso de la hipótesis, escucha activa, legitimación, normalización, reformulación asertiva, semáforos rojos (palabras o expresiones imprecisas que deben aclararse), formulación de preguntas, reconocer preocupaciones, uso de resúmenes, replanteo y la tormenta de ideas o brainstorming (pp. 211-219)

22. GONZÁLEZ CANO, María Isabel: "Los Métodos Alternativos..." Op. Cit., p. 137, 140

23. GARCÍA GARCÍA, Lucía: "Mediación Familiar. Prevención...", Op. Cit., p. 153

juicios y sus proyecciones en el desarrollo de su función como mediador. El interés que muestre en el conflicto ha de ser verdadero, pero sin llegar a identificarse porque es necesario mantener la distancia. Asimismo, debe tener conocimientos jurídicos, pues las normas de orden público familiar forman parte del plano institucional de la familia, por lo cual debe tenerlas presente a lo largo del procedimiento. Todo ello sin olvidar que debe conocer, entender y respetar los cánones éticos básicos, pues de no ser así, corre el riesgo de caer en una actitud irresponsable y hasta culposa, pues como facilitador puede influir para que la solución que adopten las partes sea desventajosa, ilegal, bajo presión o que se amolde a intereses subalternos de los participantes²⁴.

En definitiva, el rol del mediador consiste en facilitar la resolución del conflicto por las partes y no sugerir soluciones²⁵, velando siempre por el respeto de los derechos y por el interés superior del niño, niña o adolescente, toda vez que deban tomarse decisiones que les afecten.

El procedimiento de mediación²⁶

Este procedimiento inicia con la solicitud verbal o escrita de las partes, ante una Institución Pública o un Centro de Mediación acreditado; posteriormente se designa al mediador quien deberá realizar inmediatamente

24. Ídem, pp. 157, 158 y 165

25. LANGELAND, Erik: "Dispute Resolution Journal of the American Arbitration Association", Julio-Septiembre de 1995, "The Viability of Conciliation in International Dispute Resolution," p. 34 y ss.

26. En este apartado se pretende explicar, brevemente, el procedimiento que generalmente se aplica en la mediación, independientemente del ámbito en que las partes intervienen (laboral, familiar, civil, etc.). Para ello se tomó como referencia los siguientes documentos: Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador y Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de El Salvador.

Debido a la regulación superficial que se hace del procedimiento de mediación en El Salvador, se consideró necesario el estudio de la legislación autonómica de España, tomando también de referencia la Ley 1/2009, de 27 de febrero, Reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía y la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado (de la Comunidad Autónoma de Cataluña).

En doctrina, sobre las fases del procedimiento de mediación familiar, vid. ampliamente: GARCÍA GARCÍA, Lucía: "Mediación Familiar. Prevención...", Op. Cit., pp. 169-190.

la convocatoria a las partes, señalando la fecha para que comparezcan a la primera sesión.

Esa sesión inicial es de carácter informativo, por lo que el mediador debe explicar a las partes la naturaleza, principios, ventajas, duración y efectos de la mediación, así como sus derechos y deberes, el rol de todos los participantes y las normas de conducta. En esta primera sesión las partes deben delimitar y acordar los puntos sobre los que desean realizar un acuerdo, para luego planificar el número de sesiones que pueden ser necesarias para alcanzarlo. El mediador debe levantar acta haciendo constar todo lo actuado en la sesión, así como el objeto y alcance de la mediación y la previsión del número de sesiones que serán necesarias para llegar a un acuerdo. También se deberá hacer constar la participación voluntaria de las partes y la aceptación del deber de confidencialidad. Dicha acta deberá ser firmada por todos los participantes.

Según la naturaleza del conflicto, pueden programarse varias sesiones. En todo caso, la duración del procedimiento de mediación no debe exceder los tres meses a partir de la presentación de la solicitud²⁷. Asimismo, dependiendo de la complejidad del caso, las sesiones pueden ser conjuntas e individuales.

Debe tenerse en cuenta que el desarrollo de las sesiones supone la fase de recogida de la información²⁸, producto de las manifestaciones de las partes,

27. Así lo expone GARCÍA GARCÍA, Lucía (“Mediación Familiar. Prevención...”, Op. Cit., p. 197), si bien aclara que, por acuerdo de las partes y el mediador, el procedimiento podría prorrogarse por una sola vez, por un periodo de dos o tres meses.

En este mismo sentido lo establece el artículo 24 de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, Reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, España. No así la Ley 15/2009, de 22 de julio, de Mediación en el Ámbito del Derecho Privado (de la Comunidad Autónoma de Cataluña), que en su artículo 17 establece una duración de sesenta días hábiles, pudiéndose prorrogar hasta por un máximo de treinta días hábiles.

En el caso de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador y el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no se establece ningún plazo de duración.

28. Por ejemplo, historia de la pareja, datos personales relacionados con los puntos que precisan de solución (cuidado personal de los hijos, cuotas alimenticias, vivienda familiar, etc.), valorando el grado de enfrentamiento existente respecto de dichos puntos. También la recogida de información comprende la indagación acerca de las pretensio-

la cual será utilizada por el mediador para generar condiciones propicias para el intercambio de información entre aquéllas, lo que hace posible que los intervinientes puedan pasar de sus posiciones iniciales, generalmente intransigentes, al descubrimiento de puntos de encuentro; a partir de ello, el mediador debe ayudar a las partes a generar nuevas percepciones, por medio de preguntas que les impulsen a reflexionar, prestando atención a ciertos aspectos en los que anteriormente no habían reparado; ello provocará la manifestación de intereses y, a su vez, la generación de opciones o alternativas de solución que beneficien a ambas partes por medio de la “tormenta de ideas” en la cual articulen todas las posibles soluciones que se les ocurran, sin quedar comprometidos por cuanto digan. A partir de ello, se procederá a descartar las soluciones inadmisibles y a evaluar las restantes individualmente, analizando si las propuestas tienen posibilidad de ser aceptadas legalmente²⁹.

De la sesión final de mediación, deberá levantarse acta haciendo constar el acuerdo total o parcial al que hubieren llegado las partes. Dicha acta deberá ser firmada por las partes y el mediador en prueba de conformidad. En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, también debe hacerse constar en acta dicha situación y deberá ser firmada por los participantes, dando por finalizada la mediación.

Es preciso acotar que la mediación también puede finalizar por el desistimiento voluntario de cualquier de las partes o por la renuncia de la persona mediadora. En este último caso por la falta de voluntad de las partes para llegar a un acuerdo³⁰.

Habiendo abordado de forma sucinta algunas cuestiones generales de la mediación, corresponde conocer su utilidad al momento de acordar el cuidado personal de los hijos en caso de divorcio.

nes de cada una de las partes sobre los aspectos antes mencionados, lo que posibilita la identificación de problemas concretos y la elaboración de un listado de puntos en los que existe acuerdo y desacuerdo.

29. GARCÍA GARCÍA, Lucía: “Mediación Familiar. Prevención...”, Op. Cit., pp. 180-185.

30. Por ejemplo, así lo establecen los artículos 15 (derechos de la persona mediadora) y 25 (finalización del procedimiento) de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, Reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía, España.

La Mediación Familiar

En el entorno familiar, la mediación resulta especialmente indicada debido a que las soluciones adoptadas por las partes tienden a preservar el vínculo entre los miembros de la familia, a diferencia de lo que sucede generalmente cuando se entabla un proceso judicial, en el cual existe una falta de adecuación de las medidas provocando así un alto grado de incumplimientos que dan lugar a nuevos conflictos, derivados de aquellos que no habían sido resueltos anteriormente³¹.

La finalidad de la mediación familiar es promover el acuerdo entre las partes en conflicto³². Es así que el mediador interviene a petición de una o más personas enfrentadas en un problema familiar y trata de promover circunstancias adecuadas para lograr una negociación fructífera que se concrete en un acuerdo en el que las partes desactivan el conflicto y regulan sus relaciones a futuro.

En palabras de **ORTUÑO MUÑOZ**³³, la mediación familiar es *“un proceso de construcción y de reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar, para facilitar, a través de la realización de entrevistas confidenciales, la reanudación de la comunicación entre las partes y la autogestión del conflicto dentro del ámbito privado familiar, teniendo en consideración la peculiaridad de las situaciones, su diversidad y la evolución de las relaciones familiares.”*³⁴

-
31. Vid. ORTEGA GUERRERO, Irene: “El Principio del Interés Superior del Niño en las Situaciones de Crisis Familiar: Una Perspectiva Comparada en el Ámbito de la Unión Europea,” en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Volumen 2, número 3, 2002, p. 106. Esta autora opina que el proceso de divorcio supone una crisis en los aspectos afectivo, familiar, social y económico, que afecta a los miembros de la pareja negativamente, mermando en muchas ocasiones la capacidad para afrontar la situación de una manera adecuada y teniendo en cuenta, ante todo, a los hijos. (p. 103)
32. OROZCO PARDO, Guillermo: “Notas Acerca de la Mediación...” Op. Cit., p. 738
33. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Mediación Familiar,” Op. Cit., p. 1104.
34. Así, como sostiene PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa (“La Mediación en el Marco del Protocolo...” Op. Cit., p. 997 y ss.) a través de la mediación se trata de conseguir una

Puede definirse también a la mediación familiar como un *“instrumento para facilitar la recomposición o la autocomposición de los intereses en conflicto, acercando posturas y cooperando a la reducción del colapso judicial.”*³⁵

En ese sentido, a través de la mediación familiar, se devuelve a las personas en conflicto su protagonismo y su responsabilidad para poder decidir, por sí solas, sobre los aspectos que les afecten de una manera personal y directa^{36 37}, partiendo de la premisa de que las personas en conflicto tienen la necesidad de seguir relacionadas en el futuro³⁸, pues sin duda el mantenimiento de la relación posterior y el grado de cumplimiento de las decisiones obtenidas puede ser más elevado si ha existido una comunicación y un consenso frente a la imposición de una decisión del Juez tras un proceso contencioso³⁹. En otras palabras, las soluciones amistosas darán lugar a acuerdos más duraderos y estables por cuanto parten de los propios afectados⁴⁰.

nueva organización familiar fruto del consenso alcanzado por las partes en conflicto, con la ayuda neutral, imparcial y carente de todo poder de decisión de un tercero, el mediador, cuya intervención será solicitada y aceptada por aquéllas en un marco de confidencialidad.

35. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: “La Mediación Familiar,” Op. Cit., p. 159
36. Ídem, p. 173
37. En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES, Raquel (“Mediación en el Ámbito Familiar...” Op. Cit., p. 276) sostiene que lo que se busca con la mediación es lograr un mecanismo de solución de conflictos apto para supuestos concretos necesitados de diálogo y composición. Se trata de un mecanismo complementario en cuanto resulta adecuado para determinados conflictos que requieren de menos auctoritas y más de diálogo, y a los que les resulta insuficiente la intervención, requiriendo un sujeto independiente, neutral, debidamente formado y entrenado para el ejercicio de la función mediadora.
38. En igual sentido, CAMUS, Maximiliano (“Mediación Familiar: Ámbito y Especialidad” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente,” Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007, p. 287) quien comenta que los miembros de una pareja, al tener hijos, saben que desde ese momento algo los une para siempre aunque dejen de convivir.
39. RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: “La Mediación Familiar,” Op. Cit., p. 173
40. ORTEGA GUERRERO, Irene: “El Principio del Interés Superior...” Op. Cit., p. 103

Así, la mediación familiar descansa sobre una serie de presupuestos básicos:

- ✓ La separación o el divorcio no han de suponer para los hijos la pérdida de alguno de sus progenitores, debiendo conservarse intactos los vínculos entre aquellos y estos;
- ✓ Las parejas separadas pueden encontrar por sí mismas las bases del acuerdo que ha de regir sus relaciones posteriores;
- ✓ Los procesos judiciales contenciosos enfrentan a los progenitores y provocan una mayor conflictividad que no favorece el entendimiento y la comunicación entre los padres y sus hijos.

En ese sentido, como se mencionó *ut supra*, la mediación familiar es flexible frente al proceso judicial, pues no existen reglas preestablecidas a las que deban someterse las partes, ni en el ámbito formal o procesal, ni tampoco en cuanto al derecho material; es decir, en cuanto a la ley aplicable a la controversia, con la única excepción de los principios constitucionales y libertades públicas⁴¹ que previenen la indefensión y de las materias de orden público⁴².

Es preciso resaltar que la característica de confidencialidad en la mediación familiar, constituye un elemento básico para su eficacia, pues la información que se maneja a lo largo de su tramitación, afecta a la intimidad de las partes, por lo que resulta merecedora de una especial protección, además de que permite ofrecer a las partes un espacio seguro en el cual abordar su conflicto con sinceridad y honestidad, sin presiones de terceros y sin temor a que lo expresado pueda ser utilizado después en un proceso judicial. Todo lo cual redundará en la creación de un marco que propicie el entendimiento y la colaboración de las partes en conflicto a fin de que

41. Como la igualdad, la dignidad de la persona, libertad, intimidad personal y familiar, protección de niños, niñas y adolescentes, de la familia, etc.

42. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (“Mediación Familiar” Op. Cit., p. 1179) sostiene que los acuerdos de mediación que se ajusten a estas exigencias básicas solo podrán ser rechazados si a criterio del Juez no son “convenientes” para la familia o para alguno de sus miembros.

puedan alcanzar acuerdos que resulten satisfactorios para ambos y beneficiosos para el conjunto del sistema familiar⁴³.

Así mismo, dentro del procedimiento de mediación debe respetarse el derecho del niño, niña o adolescente a ser escuchado, toda vez que sus intereses estén en discusión; por ello es necesario que el hijo sea correcta y debidamente informado sobre la evolución del procedimiento de mediación y tenga la oportunidad de expresar su opinión, con exclusión de aquellos contextos y casos en los cuales ello no responda a su beneficio⁴⁴.

La oportunidad de recibir información sobre el proceso psico-legal que los progenitores y los hijos están viviendo, permite que todos ellos contemplen la posibilidad de afrontar sus diferencias de otra forma, seguramente más próxima a su manera habitual de resolver conflictos⁴⁵.

Así, la mediación en contextos judiciales puede ser un apoyo para el Juez, con su aplicación se podrá lograr un aumento en la eficacia de las medidas adoptadas, sustentado en la participación conjunta de la pareja en la toma de decisiones.

La responsabilidad parental

La mediación familiar puede considerarse un instrumento que permite a los progenitores llegar a un acuerdo sobre los efectos de la separación o divorcio y, al mismo tiempo, facilita una comunicación más fluida que les permite mantener una relación posterior estable y pacífica para ejercer conjuntamente sus responsabilidades parentales.

Así, la mediación familiar es el medio óptimo para transformar el derecho abstracto de la “patria potestad o autoridad parental,” por el trabajo coope-

43. CORVO LÓPEZ, Felisa-María: “El Alcance del Deber de Confidencialidad en el Proceso de Mediación Familiar,” en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, número 1, Pp. 43-78, Editorial Aranzadi, Navarra 2011, pp. 45, 76

44. Cfr. LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida de los Hijos”, Editorial La Ley, Madrid, España, 2008, p. 547-548

45. POYATOS GARCÍA, Ana, BOLAÑOS CARTUJO, José Ignacio y otros: “Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos,” Editorial Nau Llibres, Valencia, España, 2003. p. 180.

rativo para ejercer la “*responsabilidad parental*”⁴⁶ que supone la capacidad de anteponer los intereses del hijo frente a cualquier otro.

Con la mediación, los progenitores atendiendo a su propia situación, disposición de tiempo, etc. decidirán responsablemente por alguna de las formas de cuidado personal de los hijos, ya sea exclusivo o compartido con sus diversas modalidades⁴⁷. En ese sentido, se analiza detenidamente qué forma de cuidado personal garantiza un mayor bienestar para el niño y cuál se adapta a las posibilidades económicas, laborales y sociales de los progenitores⁴⁸; esto también implicará la toma de decisiones en relación a la cuota alimenticia y el régimen de visitas, comunicación y estancias.

Tales acuerdos pueden plasmarse por medio de un plan de coparentalidad⁴⁹ al que los progenitores deben sujetarse en el desarrollo de las respectivas funciones parentales asignadas. Dicho plan de coparentalidad define las líneas de formación en los más diversos aspectos de la vida del hijo y el grado de intervención de los progenitores en ella. Esto es, se trata de determinar, de manera detallada, las responsabilidades de cada progenitor en lo que respecta al cuidado, residencia, vivienda, alimentos, lapsos de convivencia, manutención de los hijos, distribución de gastos ordinarios y extraordinarios, régimen de comunicación, aspectos sanitarios (revisiones

46. ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Mediación Familiar” Op. Cit., p. 1132.

47. Sobre los beneficios y modalidades del cuidado personal compartido, vid. ampliamente, ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lisette: “Guarda y Custodia Compartida de los Hijos. Aspectos Generales y Criterios para su Adopción”, en Varios Autores: Revista Ventana Jurídica (edición monográfica en Derecho de Familia y Derechos de la Niñez y la Adolescencia), número 12, Año VII, Volumen 2, enero-junio 2014, segunda edición, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, 2014. Páginas 191-240.

48. LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: “La Mediación Familiar como Instrumento para la Adopción de la Guarda y Custodia Compartida”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009, p. 401.

49. Según LATHROP GÓMEZ, Fabiola (“Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley, p. 7.), los planes de coparentalidad, se materializan en un documento realizado de común acuerdo por ambos progenitores para el ejercicio de los derechos-deberes que comprende la responsabilidad parental. Ese plan puede ser incorporado en el convenio de divorcio.

médicas, atenciones en caso de enfermedad, etc.) educativos (matrícula, cuotas escolares mensuales, material escolar, actividades extraescolares, educación religiosa, etc.) y sociales de los hijos (vacaciones, celebraciones, deportes y actividades de ocio, etc.), así como la previsión de soluciones ante el incumplimiento de los acuerdos⁵⁰.

En este contexto, la mediación familiar es de vital importancia en el proceso de mutuo reconocimiento de las capacidades parentales de ambos progenitores, requisito mínimo para el acuerdo sobre el ejercicio del cuidado personal de los hijos⁵¹. Así, la información y formación en la cultura del acuerdo y el uso de la mediación familiar, hacen más viable y eficaz la ejecución de aquellos⁵².

Ciertamente, tanto los planes de coparentalidad como el sometimiento a la mediación familiar, precisan de un mínimo acuerdo y voluntariedad en los progenitores. Sin embargo, si se reconoce en el niño un derecho fundamental a convivir, relacionarse y ser atendido por ambos padres, los ordenamientos jurídicos deben darle a este prioridad y fomentar con medidas concretas ese acuerdo mínimo de los progenitores, disuadiendo a estos de la actitud que se niega a dialogar con consecuencias indeseables para el que no negocie⁵³.

En ese sentido, es necesario separar el tema del cuidado personal de los hijos del escenario de intereses contrapuestos de los progenitores y otros adultos relacionados al escenario conflictivo. Por ello, es primordial situar

50. LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: “La Mediación Familiar...” Op. Cit., p. 401

51. LATHROP GÓMEZ, Fabiola: “Custodia Compartida de los Hijos,” Op. Cit., pp. 548-549

52. ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida. Una Perspectiva Sociológica. Función del Mediador”, en ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Mediación: Una Visión Plural. Diversos Campos de Aplicación”, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005, p. 107.

53. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: “Propuesta de Nueva Reforma del Artículo 92 del Código Civil con el Reconocimiento de la Custodia Compartida como Régimen Preferente y Consecuencia Necesaria del Principio de Corresponsabilidad”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009, pp. 163-164.

el tema de dicho cuidado en el ámbito de las responsabilidades parentales y en el de los derechos de los hijos⁵⁴, lo que posibilitará el acuerdo entre los progenitores pues tendrán conciencia de que son los intereses de aquellos los que deben de prevalecer sobre los intereses de los adultos.

Aunado a lo anterior, en el proceso de mediación los progenitores quedan situados en un plano de igualdad frente al mediador que les ayuda a negociar e intercambiar sus posiciones. Así, este mecanismo fomenta la igualdad entre los padres y la asunción equitativa de las responsabilidades que deben desempeñar frente a sus hijos.

Es por ello que el acuerdo de mediación familiar⁵⁵ realizado por los progenitores, posibilita que sea asumido plenamente por ellos, sin visualizarlo como la imposición de un tercero ajeno a la crisis que ha favorecido a uno y castigado al otro, lo que generalmente se vive como una situación de injusticia que desencadena problemas en el cumplimiento posterior de los acuerdos establecidos.

Como consecuencia, son los progenitores quienes conjuntamente explican a sus hijos la decisión adoptada (por ejemplo, en relación a su cuidado personal o forma de relacionarse con ambos), garantizando así que estos la entiendan y se sientan protegidos por ambos, sin tener que presentarse ante un Juez para escoger entre uno de sus progenitores, con el consiguiente trauma psicológico que representa para los niños y adolescentes tomar esta decisión.

En definitiva, como acertadamente sostiene **ORTUÑO MUÑOZ**⁵⁶, las ventajas que presenta el acuerdo de mediación en esta materia, es de mejor calidad que el de mutuo acuerdo negociado sin la intervención de un

54. ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida...” Op. Cit., p. 107.

55. Al respecto, ORTUÑO MUÑOZ, Pascual (“Mediación Familiar,” Op. Cit. p. 1168.) define el acuerdo de mediación familiar como un acto de naturaleza multidisciplinar y, jurídicamente, es un negocio complejo y típico del Derecho de Familia.

56. Idem, p. 1135, también del mismo autor: “La Mediación Familiar” en VARELA PORTELA, María José: “Separación y Divorcio,” cuadernos de Derecho Judicial XXIV-2005, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, Pp. 86-87.

mediador especializado, puesto que este se habrá asegurado de que entiendan la relación existente entre el tema de cuidado personal, vivienda familiar, régimen de visitas, comunicación y estancias y pensiones alimenticias y habrán reflexionado respecto al sentido y verdadero significado de los términos legales, aprendiendo a distinguir entre las “visitas” que es un concepto pasivo y la “comunicación con los hijos” que es un concepto activo, que permite la creatividad y la individualización de la forma de cuidado personal según la diversidad de situaciones fácticas. Se habrá podido prever el mejor sistema según la edad de los hijos y, en especial, tratar de forma no traumática la problemática de las nuevas parejas y la convivencia de los hijos con las mismas, asegurando para el interés del niño la relación con los miembros de su familia extensa y la presencia en los acontecimientos familiares⁵⁷.

Asimismo, **ROMERO NAVARRO**⁵⁸, afirma que la mediación familiar se revela como un recurso útil para hacer posible, por ejemplo, el cuidado personal compartido de los hijos en las situaciones en que los progenitores no se ponen de acuerdo, o tienen graves dificultades para lograrlo.

Es fundamental también que el mediador tenga presente el interés superior del niño sobre cualquier otro, pues de otra manera los acuerdos alcanzados por los progenitores no serán aceptados por el Juez por afectar los intereses de los hijos. Esto quiere decir que el mediador debe velar tanto por el respeto de los derechos de los progenitores, como por los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

57. Cabe mencionar que la mediación familiar se ha constituido como una solución eficaz de los conflictos familiares aplicada en los países más desarrollados en políticas sociales y se ha visto impulsada –como solución alternativa a la vía judicial– por la Recomendación 1/1998 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 21 de enero de 1998 que ha establecido que la mediación familiar tiende, principalmente, a promover acuerdos, reduciendo el conflicto de intereses entre los miembros de una familia, a proteger el interés de los niños, a disminuir los efectos negativos de la separación o el divorcio, a facilitar la relación entre los progenitores y los hijos, y a reducir los costes económicos y emocionales que la separación y el divorcio representan para el Estado y la familia.

Dicha recomendación se encuentra publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 1 de mayo de 2001, número 1892/2001.

58. ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida...” Op. Cit., p. 108.

En síntesis, la mediación familiar muestra los siguientes beneficios respecto a los hijos⁵⁹: a) Debido al bajo nivel de conflicto, los hijos no ven a sus progenitores enfrentados por su culpa y se sienten protegidos por ambos; b) Los hijos no tienen que presentarse ante el Juez para elegir por uno de sus padres, evitando con ello el consiguiente trauma psicológico; c) Existe mayor cooperación y comunicación entre los progenitores y sus hijos, lo que permite recibir explicaciones consensuadas sobre las decisiones adoptadas por ambos progenitores; d) la corresponsabilidad parental se asegura en relación con el futuro de los hijos, haciendo posible que estos mantengan una relación de cariño con ambos progenitores.

Acuerdos en sede judicial

Si bien en la legislación familiar no se ha previsto expresamente el uso de la mediación en los procesos judiciales, ello no impide que las partes puedan acudir ante un mediador para procurar la toma de acuerdos en relación a su situación familiar. Estos acuerdos pueden ser tomados tanto en sede de mutuo acuerdo, previo a la presentación de la solicitud de divorcio; como en sede contenciosa, durante el transcurso del proceso.

Divorcio por mutuo consentimiento

Según el Art. 108 del Código de Familia Salvadoreño, los progenitores deberán presentar, junto a la solicitud de divorcio, un convenio que, entre otras cosas, ha de especificar: “1) La determinación del cónyuge bajo cuyo cuidado personal quedarán los hijos sujetos a autoridad parental y el régimen de visitas, comunicación y estadía que hubieren acordado (...)” De lo expuesto en este apartado, se infiere que son los progenitores quienes tienen principalmente la facultad de acordar la forma de ejercicio del cuidado personal de los hijos que se adapte favorablemente a su nueva situación familiar, cuya dinámica y circunstancias son conocidas perfectamente por ellos, sin olvidar que el acuerdo alcanzado en este punto debe garantizar la protección del interés superior del niño, niña o adolescente.

59. ENRIQUE ARIVI, Cristina: “La Relevancia del Interés del Menor en la Mediación Familiar” en SOUTO GALVÁN, Esther (Dir.): “Mediación Familiar”, Op. Cit., p. 247.

Previo a la presentación del convenio de divorcio en sede judicial, los progenitores pueden acudir a los servicios de mediación en sede administrativa⁶⁰. En este caso, el beneficio que reporta la mediación recae tanto en los progenitores como en los hijos, pues el mediador debe garantizar que los acuerdos tomados por aquéllos tengan como fundamento el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, toda vez que los progenitores tengan conciencia de la corresponsabilidad parental de ambos, reconociendo sus aptitudes para desenvolverse en el rol materno y paterno.

Los acuerdos contenidos en el convenio de divorcio, aún cuando hubieren sido adoptados previamente ante un mediador, deberán ser calificados por el Juez quien lo aprobará si dichos acuerdos no vulneran los derechos de los hijos y de los cónyuges, conforme al artículo 109 del Código de Familia.

Divorcio contencioso

El artículo 84 de la Ley Procesal de Familia, establece que las partes podrán conciliar en cualquier estado del proceso, antes del fallo de primera instancia y siempre que no sea en menoscabo de los derechos que por su naturaleza son irrenunciables. Asimismo, establece que el Juez aprobará toda conciliación procesal o extra-procesal siempre que el contenido de los acuerdos no vulnere derechos. Dicho acuerdo puede ser total –en cuyo caso se concluye el proceso– o parcial, en este caso el proceso continuará sobre los puntos en que no hubo arreglo. El acuerdo produce los mismos efectos que la sentencia ejecutoriada haciéndose cumplir en la misma forma que ésta, conforme al artículo 85 de la misma ley.

Por otro lado, en el marco de la audiencia preliminar, el artículo 103 L.Pr. Fm., establece que durante el desarrollo de la fase conciliatoria el Juez informará a las partes sobre la conveniencia de resolver el asunto en forma amigable.

60. En sede administrativa se realiza ante profesionales especializados de la Procuraduría General de la República, por medio de sus Centros de Mediación, ofreciendo servicios gratuitos, tanto en el ámbito familiar como en el laboral, comunitario, entre otros. También puede realizarse en Centros privados acreditados por la Procuraduría General de la República para la prestación de servicios de mediación.

Como se dijo anteriormente, aun cuando la legislación familiar no otorga relevancia a la mediación, ello no impide que el Juez en el desarrollo de la audiencia preliminar y habiendo advertido la disposición de las partes para tomar acuerdos, les informe sobre los beneficios de la mediación, a fin de que las partes puedan someterse a ella voluntariamente⁶¹. En este caso, tal como lo establece el Art. 28 de la Ley Procesal de Familia, “Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso por un plazo que no exceda de tres meses (...).” Con esta disposición se posibilita que los progenitores puedan acudir a mediación para tomar acuerdos respecto de sus responsabilidades parentales.

Es preciso acotar que aún cuando las partes decidan someterse a mediación, los acuerdos tomados no serán per se avalados por el mediador. Así, en el caso del cuidado personal, puede suceder que los progenitores estén de acuerdo con el cuidado personal exclusivo y el mediador observe que en este acuerdo no se están protegiendo los intereses del hijo. En este caso, el mediador debe advertir a las partes que los acuerdos deben responder al interés superior del niño, y con fundamento en ello guiarlos para que se respete dicho interés. Si los progenitores persisten en el mismo acuerdo, el mediador podrá renunciar a continuar con el proceso de mediación, procediendo a dar por finalizado el mismo, en atención a la falta de voluntad de ambos progenitores por alcanzar un acuerdo respetuoso con el interés del niño, debiendo levantar un acta en la que conste las razones de su renuncia y de la finalización del procedimiento de mediación. En este supuesto, los progenitores deben continuar con la tramitación del proceso contencioso, y será el Juez quien decida sobre la atribución del cuidado personal de los hijos.

61. Cabe decir que el Órgano Judicial, atendiendo a la importancia de que los usuarios resuelvan sus conflictos amigablemente, creó la oficina de resolución alterna de conflictos, que ofrece servicios de mediación familiar. Según lo manifestado por el licenciado Roberto Eduardo Marengo Álvarez, Coordinador de la Oficina de Resolución Alternativa de Conflictos del Centro Judicial Integrado de Derecho Privado y Social, la oficina recibe usuarios por tres vías: Por derivación judicial –en virtud de coordinaciones institucionales–, por invitación a los usuarios del sistema judicial y por apersonamiento voluntario de los interesados.

En cuanto a la efectividad de la mediación familiar, manifestó que de cada diez casos que se inician, siete finalizan en acuerdo.

Si por el contrario, acuerdan el cuidado personal compartido y ello no menoscaba derechos de los progenitores y del niño, el mediador debe dar por terminado el procedimiento de mediación familiar, procediendo a levantar el acta que deberá ser firmada por los progenitores y el mediador en prueba de conformidad. En el acuerdo de mediación se incluirá todo el conflicto y la solución a que hayan llegado los progenitores.

Una vez finalizada la mediación familiar, las partes presentarán al Juez el acuerdo de mediación a fin de que este lo homologue y autorice, toda vez que el contenido de los acuerdos no afecte derechos de los cónyuges y de los hijos.

Palabras de cierre

No cabe duda que la mediación resulta útil para resolver conflictos, devolviendo a los miembros de la familia el poder para tomar acuerdos, incluso cuando se produce la crisis familiar que afecta, inevitablemente, a los hijos. La promoción de la mediación en sede judicial resulta de gran importancia para evitar el desgaste emocional, psicológico y económico de los miembros de la familia, por ello el legislador debe otorgarle reconocimiento legal, priorizando su uso en el proceso contencioso de familia, determinando tanto los asuntos que puedan someterse a mediación, como el procedimiento y su duración, así como la homologación judicial de los acuerdos alcanzados por las partes. En definitiva, de lo que se trata es de generar en los miembros de la familia, conciencia sobre la responsabilidad que tienen de cooperar y colaborar en la resolución de su conflicto, sin menoscabar el interés superior de sus hijos, dejando como última opción la judicialización de sus problemas. Es importante, además, que los abogados promuevan la mediación y no potencien el enfrentamiento de las partes en el proceso judicial. La formación en ética, cultura de paz y mediación debe ser imprescindible en el profesional que ejerza como abogado especializado en derecho de familia, pues solo de esta manera se creará conciencia de la importancia de resolver los conflictos por una vía amigable, en la que todos ganen.

BIBLIOGRAFÍA

- BOTANA CASTRO, Ana Vanesa: “Conceptos Básicos de Referencia”, en SOUTO GALVÁN, Esther (Dir.): “Mediación Familiar”, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2012;
- CAMUS, Maximiliano: “Mediación Familiar: Ámbito y Especialidad” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007;
- CASTILLEJO MANZANARES, Raquel: “Mediación en el Ámbito Familiar: Marco Normativo” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007;
- CORVO LÓPEZ, Felisa-María: “El Alcance del Deber de Confidencialidad en el Proceso de Mediación Familiar,” en Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil, número 1, Pp. 43-78, Editorial Aranzadi, Navarra 2011;
- ECHEVERRÍA GUEVARA, Karen Lissette: “Guarda y Custodia Compartida de los Hijos. Aspectos Generales y Criterios para su Adopción”, en Varios Autores: Revista Ventana Jurídica (edición monográfica en Derecho de Familia y Derechos de la Niñez y la Adolescencia), número 12, Año VII, Volumen 2, enero-junio 2014, segunda edición, Consejo Nacional de la Judicatura de El Salvador, 2014;
- ENRIQUE ARIVI, Cristina: “La Relevancia del Interés del Menor en la Mediación Familiar”, en SOUTO GALVÁN, Esther (Dir.): “Mediación Familiar”, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2012;
- GARCÍA GARCÍA, Lucía: “Mediación Familiar. Prevención y Alternativa al Litigio en los Conflictos Familiares”, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2003;
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada: La Mediación Familiar Desde el Ámbito Jurídico”, Editorial Juruá, Lisboa, Portugal, 2010;

- GONZÁLEZ CANO, María Isabel: “Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007;
- GUTIÉRREZ HERNÁN, Eva y CORZÓN PEREIRA, Francisco: “Aspectos Psicosociales” en SOUTO GALVÁN, Esther (Dir.): “Mediación Familiar”, Editorial Dykinson, Madrid, España, 2012;
- HIGHTON, Elena; ÁLVAREZ G.: “Mediación para Resolver Conflictos”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1995;
- LANGELAND, Erik: “Dispute Resolution Journal of the American Arbitration Association”, Julio-Septiembre de 1995, “The Viability of Conciliation in International Dispute Resolution”;
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola:
 - “Custodia Compartida de los Hijos”, Editorial La Ley, Madrid, España, 2008;
 - “Custodia Compartida y Corresponsabilidad Parental. Aproximaciones Jurídicas y Sociológicas”, en Diario La Ley, 29 de junio de 2009, Año XXX, número 7206, Sección Doctrina, Editorial La Ley;
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío: “La Mediación Familiar como Instrumento para la Adopción de la Guarda y Custodia Compartida”, en GARCÍA GARNICA, María del Carmen: “La Protección del Menor en las Rupturas de Pareja”, Primera Edición, Editorial Aranzadi, Navarra, 2009;
- MARTÍN-CASALS, Miquel: “Líneas Generales de la Mediación Familiar en España” en GARCÍA GARNICA, María del Carmen y otros: “Aspectos Actuales de la Protección Jurídica del Menor. Una Aproximación Interdisciplinar,” Editorial Aranzadi, Primera Edición, Navarra, España, 2008;
- OROZCO PARDO, Guillermo: “Notas Acerca de la Mediación en el Derecho Español. Comentario a la Ponencia del Prof. Scott H. Hughes sobre la Protección Institucionalizada de los Mediadores en los Estados Unidos”, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, número 5, 2002;

- ORTEGA GUERRERO, Irene: “El Principio del Interés Superior del Niño en las Situaciones de Crisis Familiar: Una Perspectiva Comparada en el Ámbito de la Unión Europea,” en *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, Volumen 2, número 3, 2002.
- ORTUÑO MUÑOZ, Pascual: “Mediación Familiar” en GÓNZALEZ POVEDA, Pedro: “Tratado de Derecho de Familia: Aspectos Sustantivos y Procesales”, Editorial Sepin, Madrid, España, 2005;
- ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Custodia Compartida. Una Perspectiva Sociológica. Función del Mediador”, en ROMERO NAVARRO, Fermín: “La Mediación: Una Visión Plural. Diversos Campos de Aplicación”, Consejería de Presidencia y Justicia. Viceconsejería de Justicia y Seguridad. Gobierno de Canarias, 2005;
- PÉREZ GIMÉNEZ, María Teresa: “La Mediación en el Marco del Protocolo Familiar”, en *Actualidad Civil*, número 9, quincena del 1 al 15 de mayo de 2010, Tomo 1, Editorial La Ley [LA LEY 2439/2010];
- POYATOS GARCÍA, Ana; BOLAÑOS CARTUJO, José Ignacio y otros: “Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos”, Editorial Nau Llibres, Valencia, España, 2003.
- PUY MUÑOZ, Francisco: “La Expresión <<Mediación Jurídica>>. Un Análisis Tópico” en SOLETO MUÑOZ, Helena, OTERO PARGA, Milagros: “Mediación y Solución de Conflictos. Habilidades Para Una Necesidad Emergente”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 2007;
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: “La Mediación Familiar” en VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (Coordinador) Et. Al: “Derecho de Familia,” Editorial Bosch, S.A., Primera Edición, Barcelona, 2011;
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén: “Propuesta de Nueva Reforma del Artículo 92 del Código Civil con el Reconocimiento de la Custodia Compartida como Régimen Preferente y Consecuencia Necesaria del Principio de Corresponsabilidad”, en PÉREZ VALLEJO, Ana María: “Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres. Diagnóstico y Prospectiva”, Editorial Atelier, Barcelona, 2009;

- STULBERG, Joseph B.: County Court Mediation. A Mediator's Manual, Florida, EE. UU., 1989.

LA IMPORTANCIA DE UN ESTADO LAICO PARA EL RESPETO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN DE LA POBLACIÓN SALVADOREÑA

Lic. José Alberto Franco Castillo¹

“Los fariseos enviaron los discípulos de ellos con los herodianos, diciendo: Maestro, sabemos que eres amante de la verdad, y que enseñas con verdad el camino de Dios, y que no te cuidas de nadie, porque no miras la apariencia de los hombres.

Dinos, pues que te parece: ¿es lícito dar tributo al Cesar, o no? Pero Jesús conociendo la malicia de ellos les dijo: ¿Por qué me tentáis, hipócritas? Mostradme la moneda del tributo, y ellos le presentaron un denario. Entonces les dijo: ¿de quien es esta imagen y la inscripción? Le dijeron: de Cesar. Y les dijo: Dad pues a Cesar lo que es de Cesar, y a Dios lo que es de Dios”.

San Mateo, Cap. 22, v. 16-21.

SUMARIO

I. Introducción. II. ¿Qué debemos entender por Estado Laico y Estado Confesional. III. Los antecedentes Constitucionales del Estado Laico salvadoreño. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción.

En nuestro país, esta temática de la laicidad aún no logra tener un debate serio en los ámbitos académico, político, jurídico y social, que permita la comprensión histórico-política y su influencia sobre el constitucionalismo vigente, basado en un esquema de libertades sin discriminación alguna para todas las personas que habitamos su territorio.

Muchas personas se preguntaran ¿en qué consiste la laicidad? Es una idea sencilla, una historia larga y una realidad muy complicada. La respuesta es muy simple y clara, pues consta de dos proposiciones: a) conviene distinguir el espíritu laico (l' esprit laïque) que hace referencia a la libertad de

1. Es Juez de Paz del municipio de la Villa El Carmen, departamento de Cuscatlán, es del domicilio de San Salvador con teléfono 7877-6772 y dirección electrónica jfrancocastillo@yahoo.es

pensamiento reconocida a todos sin comprometer a nadie; b) el régimen laico que se impone a todos a nombre del Estado y de su ley. De ahí que la laicidad se declare a veces desfasada y otras, amenazada. Por todo ello, la laicidad reclama una reflexión y unas respuestas.

Pero las ideas anteriores no tienen nada de sencillo, de hecho subsiste un debate y confusiones que le acompañan permanentemente. Durante la Monarquía, el Estado y la Iglesia reconocían mutuamente el derecho a la íntima libertad de conciencia, pero la Iglesia solo reconocía el carácter privado de esa libertad y no admitía que se hiciera pública manifestación de ella. Cuando la Revolución Francesa traspasó la soberanía del rey a la soberanía del pueblo, se convirtió la libertad de conciencia en una libertad pública, la primera de nuestras libertades públicas y fundamento de todas las otras.

Lo anterior no nos debe extrañar, debido a que los fenómenos religiosos se remontan hasta el hombre prehistórico y se encuentra en todas las civilizaciones, en cambio la laicidad es un hecho nuevo en la historia de la humanidad, a partir del Renacimiento. Un ejemplo histórico de la evolución de las sociedades modernas en este campo, lo representa la Asamblea Francesa que en 1905 aprobó la “Ley de la separación de la Iglesia y el Estado”. Dicha ley estableció la indiferencia de los poderes públicos ante el fenómeno religioso, reconociendo la libertad de creer (en el fuero privado), garantizando la libertad de culto (con restricciones) y transformando los institutos religiosos en asociaciones culturales. Intentó regularizar la nacionalización de los bienes eclesiásticos determinada por la Revolución Francesa de 1789. Era el fin de un largo proceso de laicización (secularización) iniciado a finales del siglo XVIII. Dicha ley fue modificada en 1920, 1923, 1929 y 1959, lo que ha conducido a un sorprendente status quo de consagración de la laicidad en la sociedad francesa (POULAT, Emile. 2005: 69).

Puede ser que muchas personas se muestren interesadas y otras preocupadas por desconocer sobre esta temática, sin embargo deberán considerar que la laicidad existe en las mentes, en los textos y en los hechos; inclusive en los países desarrollados existe una incultura religiosa, pero la incultura sobre la laicidad es todavía mayor a nivel mundial. Para muestra, es fácil reunir una biblioteca sobre las religiones, pero no así sobre laicidad. Podemos preguntarnos incluso ¿quién ha leído un solo texto sobre laicidad? Laicidad es una palabra que ha estado entre la historia y la realidad. En

Francia la tercera República aprobó entre 1880 y 1905 un verdadero arsenal de leyes laicas sin emplear una sola vez la palabra laicidad. La primera vez que apareció fue después de la guerra de 1870, e incluso se constituía en un neologismo en la víspera de la guerra de 1914 y se ha impuesto como termino moderno hasta hace treinta o cuarenta años.

La palabra laicidad forma parte de una gran familia de abstracciones, debido a que se ha empleado para hablar de la laicidad del Estado, de la escuela, de la administración, etc., se ha utilizado de forma general como cuando se habla de la igualdad, de la libertad o de la fraternidad. En el seno del cristianismo se habla de clérigos y laicos. En lo educativo se habla de laicismo y clericalismo.

En nuestro país, la academia no muestra interés en analizar e investigar factores como los anteriores, los cuales inciden en la falta de cohesión social² y vulneración de derechos de carácter social, como resultado de políticas públicas desiguales o excluyentes, marcadas por signos ideológico-religiosos que contradictoriamente no revelan una agenda de la igualdad por varias razones, v.g. una mayor igualdad en materia de derechos,

-
2. Los autores Alicia Bárcena, Antonio Prado y Martín Hopenhayn. "La hora de la igualdad, brechas por cerrar, caminos por abrir". CEPAL, Brasil, 2010, establecen diversos factores que inciden para una cohesión social: en primer lugar, sin cohesión social difícilmente se pueden enfrentar, como comunidad y país, a los desafíos de un mundo más competitivo y complejo. En segundo lugar, una sociedad más integrada es condición para una sociedad más productiva y con mayor convergencia productiva. En efecto, la "competitividad auténtica" (CEPAL, 1990), basada en mayores capacidades humanas, con mejor inserción productiva del conjunto de la sociedad (y no en bajos salarios y sobreexplotación de los recursos naturales), rinde mayores réditos en cuanto al crecimiento sostenido de largo plazo. Una sociedad con mayor nivel de equidad probablemente enfrenta menores costos de seguridad ciudadana y calidad de la democracia. En tercer lugar, la mayor igualdad en el ámbito de los derechos sociales permite una mayor igualdad en cuanto a la voz y la visibilidad políticas. Dicho de otro modo, una mayor integración al trabajo digno, a la educación de calidad, a la información y el conocimiento, y a las redes de protección e interacción sociales, permite mejorar la capacidad de los ciudadanos para la participación en instituciones políticas y sindicales, el diálogo público, el voto informado, el uso del conocimiento para hacer respetar sus derechos, el acceso a asociaciones civiles y el intercambio cultural. En cuarto lugar, la experiencia de crisis anteriores en América Latina y el Caribe muestra que su impacto en la pobreza, el bienestar y la inclusión social suele ser más profundo y duradero que el que tiene en la dinámica de la economía. Además, el patrón de globalización que entró en crisis en 2008, muy dominado por el mundo financiero y su relativo divorcio respecto de la economía real, mostró no solo ser muy volátil sino también muy excluyente, ostentando el triste récord de la distribución más regresiva de los frutos del progreso en la historia contemporánea.

oportunidades y bienestar promueve su exigibilidad ante el mayor sentido de pertenencia de la sociedad y, con ello, promueve la organización civil como contralor social –especialmente- de la salud, educación y justicia.–

Nuestras facciones políticas durante el ejercicio de su cargo –a pesar de contar con una Constitución que reconoce al Estado como laico- han dado muestras públicas del sometimiento de sus decisiones legislativas a la voluntad de diferentes sectores religiosos. Lo anterior ha quedado al descubierto durante recientes propuestas de reformas constitucionales basadas especialmente en la institución de la familia y del matrimonio, donde se develó anteponer las creencias religiosas de estos grupos radicales y fundamentalistas contrarios a un Estado democrático de respeto a los Derechos Humanos de todos sus habitantes y de grupos minoritarios.

Estos grupos religiosos cada vez muestran un repunte de participación en actividades políticas, -habitando la prohibición del art. 82 Cn- al grado que diversas catervas religiosas son puestas a disposición de las campañas políticas mediante alianzas políticas partidarias a cambio de sinecuras dentro del Estado, e incluso con la esperanza de que el Estado salvadoreño retroceda en la historia y se consolide algún día no solo como Estado Confesional sino como Estado pluriconfesional, algo que se está gestando cada vez más en diversos países de América Latina.

La mayoría de los medios de comunicación –llamado el cuarto poder- que influye como dominio de la conciencia colectiva, en el manejo mediático de la información, muestran una línea periodística ultra conservadora, basada en la defensa de un Estado pro confesional, que no permite la tolerancia de otras ideas, incitando hacia una discriminación negativa de todas las personas o grupos de ciudadanos que no comparten sus ideas.

Este trabajo pretende mostrar los avances históricos legislativos constitucionales que deberían llevarnos a la construcción de un Estado constitucional laico y democrático de derecho, donde prevalezca el interés social

sobre el interés particular en la búsqueda de un pacto social³, aunque en la realidad pareciera muy lejano por no existir una cultura política y programa educativo de respeto a la igualdad y no discriminación hacia las minorías.

II. ¿Qué debemos entender por Estado Laico y Estado Confesional?

Etimológicamente la palabra Laico proviene del latín Laicus que significa que no es clérigo, eclesiástico o sacerdote; del griego Laikos que significa que no es igual a ser del pueblo.

Históricamente en el antiguo régimen la sociedad estaba dividida entre el soberano y los súbditos. Sin embargo en el siglo XVIII los Estados Unidos de América (EUA) y Francia lograron instituir un pueblo de ciudadanos, no sin antes sufrir mucha persecución religiosa, en el caso de EUA especialmente dirigida hacia una minoría del sector protestante.

-
3. Los pactos sociales consisten en acuerdos explícitos entre los actores sociales y políticos sobre un determinado orden social general o específico. Al ser explícitos, se diferencian de los acuerdos entre los diversos sectores a lo largo del tiempo, sin que medie alguna institucionalidad definida por los actores involucrados. En este sentido, difieren también de lo que en América Latina se llamó “Estado de compromiso”, que correspondía a una pauta de arreglos inestables entre los distintos sectores, esto es, clase media, clase trabajadora organizada y clase alta conformada por burguesía y oligarquía. Las tres cuestiones fundamentales de los pactos son su contenido (de qué tratan), sus actores (entre quiénes se elaboran) y sus modalidades (cómo se hacen). En materia de contenido, los pactos se diferencian según su carácter histórico. Pueden ser fundacionales —cuando se establece un nuevo orden social general o dentro de un sector determinado—, de funcionamiento o instrumentales o, simplemente, acuerdos ciudadanos institucionales que se renuevan o modifican en el terreno electoral. También se distinguen según el ámbito que abarcan. Pueden ser pactos de unidad y proyección de la nación, como en el caso de Sudáfrica en la salida del apartheid o los convenidos al concluir guerras civiles; de orden político, que se refieren a la forma de organización del Estado (federalismo, centralismo y otros) o al régimen político, como el Pacto de Punto Fijo en la República Bolivariana de Venezuela o los acuerdos del Club Naval en el Uruguay; de carácter socioeconómico, lo que incluye pactos fiscales, productivos y laborales, y acuerdos relacionados con el modelo de inserción internacional, las formas de participación de la sociedad civil o algún sector específico como la educación, la salud o las comunicaciones. En general, en los pactos tienden a combinarse diversos aspectos. Entre los ejemplos más connotados de pacto social destacan los que dieron origen al Estado de bienestar europeo, celebrados entre los trabajadores, los empresarios y el Estado, con un marcado rol de este último; el llamado Nuevo Trato (New Deal) en los Estados Unidos, y los Pactos de la Moncloa en la transición española. (Alicia Bárcena, Antonio Prado y Martín Hopenhayn. “La hora de la igualdad, brechas por cerrar, caminos por abrir”. CEPAL, Brasil, 2010).

Algunas de las herramientas jurídicas –en el caso de los EUA- posterior a lograr su independencia de Inglaterra, fue promulgar en 1776 la “Declaración del Buen Pueblo de Virginia” que sienta su ideal laico al establecer en su sección 16 lo siguiente:

“La religión solo puede regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o por la violencia. Por consiguiente, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión, de acuerdo a los dictados de su conciencia”.

Asimismo los EUA en 1786 emiten bajo el liderazgo de James Madison y Thomas Jefferson en la Asamblea General de Virginia el “Estatuto de libertad religiosa de Virginia”, con lo cual se erige desde aquellos tiempos en el primer Estado laico. Lo anterior es acrisolado en su sistema federal al promulgarse en 1787 la Constitución de EUA, que reconoce la libertad de conciencia y suprime la oficialización de toda iglesia en particular, especialmente mediante una de las primeras diez enmiendas que fueron instauradas en 1789.

Fue el período del renacimiento donde surge la concepción humanista y con ello se antepone al ser humano frente a las ideas religiosas que predominaban, pasando el ser humano a ser la motivación de las reflexiones filosóficas y del desarrollo de las ciencias y de las artes, hasta llegar a la filosofía racionalista del siglo XVIII donde se fortalece la Revolución Francesa al pregonar la conveniencia de separar la República de las creencias dogmáticas religiosas por afinidad o conveniencia con la monarquía (Martínez, Fidelina: 2010: 14).

La laicidad nace desde el momento preciso en que se emancipó la conciencia personal con respecto a las obligaciones religiosas imperantes, abocándose al establecimiento de un régimen institucional que permite a todos sin excepción y de acuerdo a sus convicciones a manifestar sus creencias libremente y de forma pública. Al respecto nos podemos cuestionar ¿pero cómo nace esa voluntad política en ese periodo? Nace de no soportar el peso del clericalismo y la consecuente discriminación, así como de la necesidad del reconocimiento de las libertades a favor de todos y sin excluir a nadie, lo cual consolidó el actual Estado republicano.

Esta consolidación del régimen republicano condujo al Papa León XIII a establecer un ralliement⁴ de los fieles católicos, que desembocó con el paso del tiempo en la idea de una sana y justa laicidad, aceptable mediante algunas precisiones. Pero este proceso de cambios no implicó solamente la separación del Estado y la Iglesia, sino también instituir un régimen de privatización y de liberalización, según detalle: a) Se privatizó el servicio público del culto, instituido por el Concordato de 1801 y se extendió a los otros cultos luterano, reformado e israelita; b) Fue liberalizado el ejercicio libre del culto, preferentemente limitado únicamente a los sectores religiosos más representativos católicos, luterano, reformado e israelita, siendo abierto a los demás grupos minoritarios -sin autorización de los demás grupos religiosos-, tales como los musulmanes y los testigos de Jehová.

Durante el siglo XIX con el surgimiento de la edad moderna emerge la secularización del poder del Estado y es donde se inicia la necesidad de establecer en las cartas magnas o Constituciones la separación del Estado y de la Iglesia.

En las naciones modernas occidentalizadas se ha apostado al laicismo como principio y fórmula para la convivencia de las diversas denominaciones religiosas con el fin de asegurar la libertad de creencia y la igualdad ante la ley, no sólo como garantía legal, sino como derecho humano.

La laicidad, en su dimensión discursiva, constituye el sustento del pluralismo, lo que plantea un dilema a las democracias: o se preocupan por la protección y expansión de las libertades privadas, o procuran un gobierno común, separado de cualquier afiliación espiritual o filosófica específica, pero preocupado por hacerle justicia a todas las expresiones de este orden, capaces de dar sentido colectivo. Como refiere Sanabria (Sanabria, F. 2006: 55) “la república laica es de todos y no de los creyentes o de los ateos, por lo que ha de ser confesionalmente neutra para fundamentar la coexistencia justa entre diversas opciones espirituales. De esta manera, un marco jurídico común, permite una unión que no impide las diferencias, sino que organiza la convivencia solidaria entre

4. Ralliement es un término técnico de historiografía que expresa la idea de que los católicos debían retomar el diálogo y la relación con el régimen republicano.

sujetos autónomos y posibilita el diálogo basado en un campo discursivo compartido”. Blancarte (Blancarte, R. 2008: 8) por su parte refiere que *“la laicidad se manifiesta cuando existen tres elementos centrales en un determinado régimen: respeto a la libertad de conciencia, autonomía de lo público frente a lo religioso e igualdad de los individuos y sus asociaciones ante la ley, así como la no discriminación”*.

En nuestro país un Estado laico se hace necesario en la esfera pública ante la diversidad de movimientos religiosos y la necesidad de todas ellas de ganar liderazgo nacional frente a la población. La laicidad puede establecer límites para evitar la tentación del empleo de lo religioso en la búsqueda de legitimidad política, o el uso del poder político para beneficio de una o más asociaciones religiosas, como en el caso de la mediación con las pandillas ante los hechos de violencia social que abaten a la sociedad civil. Por ello, como afirma Hamui (Hamui S. 2011: 60) *“En sociedades organizadas con esquemas democráticos, el discurso del laicismo aparece como hegemónico tanto en su dimensión normativa formal, como en el plano informal, e intenta dirimir las diferencias religiosas sustentado en principios universales como la libertad de conciencia, la igualdad, el respeto a los derechos humanos, la tolerancia y el pluralismo”*.

Nuestro país no ha escapado a la historia reseñada, de hecho antes de ser un Estado Laico fue un Estado Confesional, y lo reflejaban las respectivas constituciones de la República de 1841, 1842, 1864, 1871, 1872 y 1880 (Martínez, Fidelina. 2010: 27) cuando se reconocía la religión oficial como *“católica, apostólica y romana”*, aunque otras religiones se permitieran practicar libremente. Tampoco fue raro que el clero interfiriera en asuntos de Estado, (ni que el Estado interfiriera en los asuntos eclesiales, por ejemplo en la elección de obispos).

Para comprender las diferencias entre un Estado Laico y un confesional, presentamos sus definiciones, según detalle:

- a) **Estado laico o Estado secular**, se denomina *“al Estado y por extensión a una nación o país, independiente de cualquier organización o confesión religiosa en el cual las autoridades políticas no se adhieren públicamente a*

ninguna religión⁵ determinada ni las creencias religiosas influyen sobre la política nacional⁶. La laicidad es considerado también como un principio de organización de la sociedad y del Estado moderno, que busca promover y asegurar la libertad y los derechos de los ciudadanos y ciudadanas.

En un sentido estricto la condición de Estado laico supone la nula injerencia de cualquier organización o confesión religiosa en el gobierno del mismo, ya sea, en el Órgano Legislativo, el Ejecutivo o el Judicial.

La condición para establecer que un Estado es laico, implica identificar 3 escenarios:

1. **El respeto a la libertad de conciencia y de su práctica individual y colectiva:** Todos los seres humanos tienen derecho al respeto de su libertad de conciencia y de su práctica individual y colectiva. Este respeto implica la libertad de adherirse a una religión o a una convicción filosófica (incluidos el ateísmo y el agnosticismo). Veamos a nivel mundial los tipos de religiones y sus porcentajes, según detalle:

| RELIGIONES EN EL MUNDO | PORCENTAJE DE CREYENTES ⁷ |
|---|--------------------------------------|
| Islamistas | 20 % |
| Católicos | 17 % |
| Evangélicos, Protestantes y otras iglesias cristianas | 16 % |
| No creyentes y ateos | 15 % |
| Hinduistas | 13 % |
| Budistas | 6 % |
| Religiones indígenas | 4 % |
| Judíos | 0.20 % |
| Otras religiones | 8.80 % |
| TOTAL | 100 % |

5. La religión es una parte de la actividad humana consistente en creencias y prácticas acerca de lo considerado como divino o sagrado, de tipo existencial, moral y espiritual (Diccionario de la Real Academia de la lengua española. Vigésima segunda edición)

6. Ver www.laicismo.org

7. Fuente: Enciclopedia Británica, Atlas de fe, 2003.

2. **Autonomía de lo político y de la sociedad civil frente a las normas religiosas y filosóficas particulares:** Las religiones pueden definir qué conductas son pecado para orientar a sus creyentes, pero no están facultadas para establecer qué conducta debe o no ser considerado legalmente delito. Si alguien bajo sus fundamentos religiosos golpea a su mujer para que le obedezca, lo mismo que si recomienda públicamente efectuar conductas contrarias a la ley, debe ser penalmente castigado, independientemente que busque justificar su conducta basado en sus textos religiosos. En recientes avances legislativos sobre esta condición, la *“Ley especial integral para una vida libre de violencia para las mujeres”* en su art. 4.e referente a los principios rectores define la Laicidad en el sentido siguiente: *“no puede invocarse ninguna costumbre, tradición, ni consideración religiosa para justificar la violencia contra la mujer”*.
- 3 **No discriminación directa o indirecta hacia seres humanos:** La igualdad no tiene que ser solamente formal, debe traducirse en la práctica política, en una vigilancia constante para que no sea ejercida alguna discriminación en contra de seres humanos en el ejercicio de sus derechos, particularmente de sus derechos ciudadanos cualquiera que sea su pertenencia o no pertenencia a una religión o a una filosofía.

Tras la Revolución Francesa de 1789, en la actualidad la mayor parte de los Estados occidentales se declaran aconfesionales o laicos. Sin duda, un Estado laico trata a todos los ciudadanos por igual, tanto a los creyentes de cualquier religión como a los no creyentes. En tal sentido evita la discriminación por cuestiones religiosas pero tampoco favorece a alguna confesión determinada y se mantiene la separación entre la Iglesia y el Estado⁸.

8. La Separación Iglesia-Estado según Ismael Leandry Vega (2010) “es el concepto legal y político por el cual las instituciones del Estado y religiosas (Iglesia) se mantienen separadas y la Iglesia no interviene en los asuntos públicos; teniendo cada parte una autonomía para tratar los temas relacionados con sus esferas de influencia. La separación Iglesia-Estado está relacionada con la extensión de la libertad de culto a todos los ciudadanos; y, se condiciona a partir de este derecho la relación entre el Estado y la Iglesia. La separación entre Iglesia (sea esta anglicana, católica, luterana, presbiteriana) y Estado es un fenómeno que surge a partir del humanismo, durante el Renacimiento. Se consolida con la Ilustración, por medio de la corriente filosófica racionalista, llegando a ser una política oficial durante la Revolución Francesa, la Independencia estadounidense y las revoluciones burguesas que deshacen la “alianza entre el trono y el altar”.

En un verdadero Estado Constitucional de derecho, en caso de haber una religión que reciba un trato especial por parte del gobierno, dicha importancia tendría un significado puramente simbólico, que no afectaría a la vida ordinaria de sus ciudadanos ni sus derechos, ni de minorías, especialmente en el hecho de no hacer distinciones basadas en la religión de cada individuo. En nuestro país sin embargo, a vía de ejemplo durante administraciones pasadas se ha rendido recibimientos extraordinarios -con recursos del Estado- a un líder de una Iglesia protestante, al venir procedente del extranjero, luego de permanecer detenido y ser condenado por falsear documentos y declaraciones ante ese gobierno, llegando al grado de escoltarlo las máximas autoridades de la Policía Nacional Civil desde el aeropuerto hasta su Iglesia, en un hecho simbólico sin precedentes de apoyo de funcionarios del Órgano Ejecutivo hacia una Iglesia protestante.

Partiendo del hecho de que en la comunidad internacional la totalidad de los Estados han tenido religión oficial en alguna etapa de su historia y que la situación se ha ido revirtiendo en los últimos doscientos cincuenta años, puede concluirse que la tendencia es hacia una secularización⁹ del Estado desde la edad moderna. El camino

-
9. El secularismo (de secular) según Pedro F. Álvarez Lázaro, pág. 196 en su obra “Libre pensamiento y secularización en la Europa contemporánea”, establece que: “es aquel pensamiento o actuación que es perteneciente o relativo a la vida, estado o costumbre del siglo o mundo y, por tanto, que no tiene órdenes clericales y es ajeno a las prácticas y usos religiosos”.

Paul Cliteur, catedrático de Jurisprudencia de la Universidad de Leiden (Países Bajos) en su libro “Esperanto moral” establece cinco modelos en la relación entre el Estado y la religión:

Estado ateo o ateísmo político o totalitario. Cuando el ateísmo es la doctrina estatal. La URSS, creada en 1917 fue el primer Estado ateo; sus defensores ideológicos fueron Lenin y Stalin.

Estado Laico o religiosamente neutral. El Estado admite todas las religiones pero no apoya ni financia a ninguna. Hay varios modelos, entre ellos la laicité francesa; la Wall of Separation de EE UU y el modelo turco.

Estado multirreligioso o multicultural. El Estado ayuda y financia a todas las religiones por igual. Mantiene a sus clérigos, sus templos y sus actividades. Este modelo se reivindica, fundamentalmente, por religiones que se encuentran en minoría en distintos países.]

Estado que tiene una iglesia oficial. El Estado e Iglesia colaboran estrechamente en tareas de gobierno y mantenimiento del orden público. Se toleran otras iglesias pero no se financian. Ej: Costa Rica.

inverso también ocurre: de Estado laico a teocracia, como en el caso de Irán, donde la secularización del Estado de la dinastía Pahlavi fue reemplazada por la República Islámica.

- b) **Estado Confesional** (religión oficial, iglesia estatal e iglesia establecida) *“es el Estado que se adhiere a una religión específica”¹⁰. Esa situación puede ser simplemente resultado de los usos y costumbres o tradición, o reflejarse en su respectiva legislación, especialmente en la constitución”* (Callahan, William J. 2010). El que el Estado reconozca una religión oficial, no significa que otras religiones no se permitan practicar libremente, bien públicamente o bien restringidas al ámbito privado. La situación contraria es la de Estado Laico o laicismo¹¹.

Antes de la era contemporánea, la situación de confesionalidad del Estado era la condición natural de cualquier sistema político. Con la declaración de independencia de 1789 de EUA, comienza a escindir la tradición de los Estados confesionales: se abandona el sistema de *“Iglesia establecida”*. Francia impone en 1905 la *“Ley de separación de las iglesias y el Estado”*, para poco después determinar en su Constitución

Teocracia. Es el sistema donde una sola religión es favorecida, se aplican las leyes que conciernen a esa religión y las otras religiones son suprimidas. Se mantiene en Arabia Saudí y se instauró en el poder en Irán a partir de 1979, en Marruecos el rey es a la vez líder religioso también y en Pakistán se aplica la Sharia especialmente en zonas rurales. Afganistán la aplicó en los '90 (Estado Islámico y régimen talibán) también se ha aplicado la Sharia, aunque a nivel regional, en algunas zonas mayormente musulmanas de Nigeria y Sudán. Existen algunos países islámicos seculares como Turquía e Indonesia, pero en general el Islam tiene una fuerte influencia política en la mayoría de países islámicos.

10. El Estado Confesional hoy todavía se mantiene en al menos 53 Estados islámicos —nada menos que en una cuarta parte de la ONU con cerca de 1000 millones— componentes de la Organización de la Conferencia Islámica. Más aún, se continúa manteniendo hasta el presente dentro de la Unión Europea en seis Estados —no se olvide— Inglaterra (la Iglesia Anglicana); Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia -hasta el 2000- (la Iglesia evangélica luterana); y Grecia (la Iglesia ortodoxa). Y en forma de Ateísmo de Estado en China y Vietnam.
11. Laicismo es la corriente de pensamiento, ideología, movimiento político, legislación o política de gobierno que defiende, favorece o impone la existencia de una sociedad organizada aconfesionalmente, es decir, de forma independiente, o en su caso ajena a las confesiones religiosas. Su ejemplo más representativo es el “Estado Laico” o “no confesional”. El término “laico” (del griego laikós - “alguien del pueblo”, de la raíz laós - “pueblo”) aparece primeramente en un contexto cristiano. Teófilo González Vila, “Laico y laicista, laicidad y laicismo: no sólo cuestión de palabras” Revista Acontecimiento - 10/11/2004 (www.solidaridad.net/noticias).

(art. 2) que Francia es una “República laica” (POULAT, Émile. 2005: 78). Catorce años después, Alemania establece en su Constitución de Weimar de 1919 que “no existe iglesia de Estado”, introduciendo, por tanto, la aconfesionalidad del Estado (Corral, C. 2004: 2).

No obstante el transcurso del tiempo, aquí en Centroamérica, desde 1949 Costa Rica, es actualmente un Estado Confesional ya que así se reconoce en el art. 75 de la Constitución en la cual se consigna a la religión católica, apostólica y romana como la estatal y que asegura que el gobierno y el Estado contribuyen a su mantenimiento, pero asegurando la libertad de culto, siempre y cuando no se opongan a “la moral universal ni las buenas costumbres”. Pero este carácter de Estado confesional no ha privado a este país del avance jurisprudencial en la defensa de muchos derechos, especialmente de carácter social. Lamentablemente, lo anterior no lo podemos asegurar en los otros países del istmo que dicen ser Estados laicos.

III. Los antecedentes Constitucionales del “Estado Laico” salvadoreño

No podemos dejar de lado que para alcanzar la independencia nacional existen hechos históricos y culturales que nos marcaron durante el periodo de la conquista española y que han tenido gran incidencia en el tipo de sociedad que somos hasta nuestros días.

Las libertades para la mayoría de nuestros habitantes son recientes, quizá por ello aún existen muchas personas que añoran el pasado y recuerdan con nostalgia a la Colonia Española y los regímenes militares cuando no existían libertades. Y si la laicidad fue una de las primeras libertades reconocidas por las constituciones de los países occidentales, debemos aceptar que América Latina por siglos no tuvo la oportunidad de garantizar siquiera este derecho a sus habitantes. Pero ello tiene su explicación y nos remonta a partir de 1522, cuando nuestros habitantes tuvieron que luchar y vivir junto a cuatro factores que marcaron el sometimiento y dominación por la Colonia Española: a) su idioma castellano; b) su religión católica; c) su forma de gobierno, la monarquía. d) el mestizaje.

Actualmente la República de El Salvador, es un país con una población estimada en 5,744,113 de habitantes¹², es una nación independiente de España desde el 15 de septiembre de 1821, acumula en su historia tres constituciones Federales y doce constituciones nacionales desde 1824.

La primera constitución nacional fue aprobada el 12 de junio de 1824, y la primera Constitución Federal fue aprobada cinco meses después un 22 de noviembre de 1824. La última Constitución fue aprobada un 15 de diciembre de 1983, con reformas luego de los Acuerdos de Paz en 1992 y 1999.

Nuestro país se considera un Estado Laico a partir de la configuración de los arts. 25 y 26 Cn cuando establecen:

“Art. 25. Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moral y el orden público. Ningún acto religioso servirá para establecer el estado civil de las personas”.

“Art. 26. Se reconoce la personalidad jurídica de la Iglesia Católica. Las demás iglesias podrán obtener, conforme a la ley, el reconocimiento de su personalidad”.

No obstante lo anterior, los constituyentes en la creación de esta constitución establecen como antecedente en su preámbulo que *“depositan su confianza en Dios”* lo que contradice su espíritu libertario como república.

Esta corriente de laicidad formal no es nueva, la mayoría de las Constituciones latinoamericanas admiten la libertad de conciencia y de culto. V.g. Argentina en su art. 14, Chile art. 19.6, Colombia art. 18 y 19, Costa Rica art. 75, Cuba art. 55, Ecuador art. 23.11.21, México art. 24, Nicaragua art. 29 y 69, Paraguay art. 24, 25 y 37, Perú art. 2, República Dominicana art. 8, Venezuela art. 59 y 61, Brasil art. 5.

El Salvador para 1841, se proclamó como República soberana e independiente. Sin embargo en su vida constitucional ha mantenido una fuerte in-

12. Censos Nacionales VI de Población y V de Vivienda de 2007 del 12 al 27 de mayo de 2007. Dirección General de Estadísticas y Censos (DIGESTYC) Ministerio de Economía, cuadro No. 5, población total por área de residencia y sexo, según grupos de edad y departamento. Véase www.censos.gob.sv/sitepoblacion/index.html

fluencia de la Iglesia Católica como Estado Confesional, en los años 1824, 1841, 1864, 1871 y 1872. Algunos antecedentes históricos constitucionales sobre el Estado confesional y Laico son las siguientes:

Constitución Nacional de 1824, Art. 5: “La religión del Estado es la misma que la de la república, a saber: la católica, apostólica y romana, con exclusión del ejercicio público de cualquier otra”.

Reforma a la Constitución Nacional de 1841, Art. 3: “La religión católica, apostólica y romana, única verdadera, profesada en El Salvador y el gobierno la protegerá con leyes sabias, justas y benéficas; pero se declara que todo hombre es libre para adorar a Dios según su conciencia, sin que ningún poder ni autoridad pueda con leyes, ordenes y mandatos de cualquier naturaleza que sean, perturbar o violentar las creencias privadas”.

Constitución Nacional de 1864, Art. 5: “La religión católica, apostólica y romana, única verdadera, profesada en El Salvador y el gobierno le dará toda protección”.

Constitución Nacional de 1871, Art. 6: “La religión católica, apostólica y romana, es la del Estado, y el Gobierno la protegerá. Se tolera el culto público de las sectas cristianas en cuanto no ofendan a la moral ni al orden público”.

Reforma de la Constitución Nacional de 1872, Art. 4: “Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin que esto pueda extenderse hasta ejecutar actos subversivos o prácticas incompatibles con la paz y el orden público, ni de derecho para oponerse al cumplimiento de las obligaciones civiles y políticas; pero siendo la religión católica, apostólica, romana la que profesan los salvadoreños, el Gobierno la protegerá”.

Constitución Nacional de 1883, Art. 14: “Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moralidad y el orden público”.

Constitución Nacional de 1886, Art. 12: “Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moralidad y el

orden público. Ningún acto religioso servirá para establecer el estado civil de las personas”.

Constitución Nacional de 1939, Art. 27: “Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moralidad y el orden público. En el ejercicio de sus funciones deberán abstenerse los ministros de los cultos religiosos de poner su autoridad espiritual al servicio de los intereses políticos. Ningún acto religioso posterior a la creación del Registro civil en la República servirá para establecer el estado civil de los salvadoreños”.

Reforma a la Constitución Nacional de 1944, Art. 26: “Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moral y el orden público. En el ejercicio de sus funciones deberán abstenerse los ministros de los cultos religiosos de poner su influencia espiritual al servicio de intereses políticos. Ningún acto religioso realizado en territorio salvadoreño con posterioridad a la creación del Registro civil en la República servirá para establecer el estado civil de los salvadoreños y extranjeros”.

Reforma a la Constitución Nacional de 1945, Art. 12: “Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moral y el orden público. Ningún acto religioso servirá para establecer el estado civil de las personas. Los templos y sus dependencias estarán exentos de toda clase de contribuciones sobre inmuebles. El Estado reconoce la personalidad jurídica de la Iglesia Católica, representativa de la religión que profesa la mayoría de los salvadoreños. Las demás iglesias podrán obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica de conformidad con la ley”.

Constitución Nacional de 1950, Art. 157: “Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moral y el orden público. Ningún acto religioso servirá para establecer el estado civil de las personas. No se podrá hacer ninguna forma de propaganda política por clérigos o seculares, invocando motivos religiosos o valiéndose de las creencias religiosas del pueblo. En los templos, con ocasión del acto del culto o propaganda religiosa, tampoco se podrá hacer crítica de las leyes

del Estado, de su Gobierno o de los funcionarios públicos en particular”. Art. 161 “Se reconoce la personalidad jurídica de la Iglesia Católica. Las demás iglesias podrán obtener, conforme a la ley, el reconocimiento de su personalidad”.

Constitución Nacional de 1962, Art. 157: “Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moral y el orden público. Ningún acto religioso servirá para establecer el estado civil de las personas. No se podrá hacer en ninguna forma propaganda política por clérigos o seculares, invocando motivos religiosos o valiéndose de las creencias religiosas del pueblo. En los templos, con ocasión del acto del culto o propaganda religiosa, tampoco se podrá hacer crítica de las leyes del Estado, de su Gobierno o de los funcionarios públicos en particular”.

Resulta interesante que en la historia republicana -según Siman- aparece que en El Salvador entre los años 1829 y 1841, durante la llamada década trágica (desde la perspectiva de la Iglesia), fue escenario de medidas liberales y anticlericales. A lo largo de estos años, “se decretó la supresión de todos los establecimientos monásticos, se confiscaron las propiedades de la Iglesia, se declaró que la Nación no recibiría en adelante en su territorio a ninguna orden religiosa, se prohibió la promulgación de Bulas papales, se decretó la libertad de cultos, se dispuso que los nombramientos para las dignidades eclesiásticas pertenecían al Estado, se suprimió el pago de los diezmos y se decretó el matrimonio civil y el divorcio. Sin embargo, la segunda Asamblea Constituyente, de 1841, revocó casi todas estas medidas”. (Siman, Emilio. 1951: 234).

Independiente de lo anterior, el Estado salvadoreño ha fundamentado la laicidad –sin mencionar esta palabra– mediante el libre ejercicio de todas las religiones, que se refleja en las Constituciones de 1883, 1886, 1939, 1944, 1945, 1950, 1962 y 1983. Debe aclararse que el uso de la palabra “laico” no aparece textualmente, sin embargo a partir de 1883 la enseñanza se declara laica, al establecer que debe ser una enseñanza democrática. En la actual constitución de 1983, en su art. 57 se ratifica lo de la enseñanza “esencialmente democrática”.

La Constitución de la República del 15 de diciembre de 1983, se puede interpretar su carácter de Estado laico a partir de la sistematización de las disposiciones siguientes:

Artículo 1: “El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común. En consecuencia, es obligación del Estado asegurar a sus habitantes de la República, el goce de la libertad, la salud, la cultura, el bienestar económico y la justicia social”;

Artículo 2 inciso primero: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos”;

Artículo 3 inciso primero: “Todas las personas son iguales ante la ley. Para el goce de los derechos civiles no podrán establecerse restricciones que se basen en diferencias de nacionalidad, raza, sexo o religión”;

Artículo 25: “Se garantiza el libre ejercicio de todas las religiones, sin más límite que el trazado por la moral y el orden público. Ningún acto religioso servirá para establecer el estado civil de las personas”;

Artículo 83: “El Salvador es un Estado soberano. La soberanía reside en el pueblo, que la ejerce en la forma prescrita y dentro de los límites de esta Constitución”.

Artículo 85: “El Gobierno es republicano, democrático y representativo”, con un sistema político pluralista que se expresa por medio de sus partidos políticos, los cuales son los únicos instrumentos para la representación del pueblo.

Artículo 86 inciso final: “Los funcionarios del gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley”, esto implica que en El Salvador existe un Estado Constitucional de derecho, donde se aplica “el imperio de la ley” e “igualdad ante la ley”, teniendo en cuenta que en las repúblicas se gobierna en base a la ley.

Nuestra Constitución de la República ordena que los funcionarios públicos deberán ser laicos, para lo cual enuncia algunos ejemplos: el Presidente de la República deberá contar con el requisito de ser del estado seglar o laico o no religioso (art. 151 Cn), igual el Ministro o Viceministro de Estado (art. 160 Cn), el Magistrado de Corte Suprema de Justicia (art. 176 Cn), el Magistrado de Cámara de Segunda Instancia (art. 177 Cn), el Juez de Primera Instancia (art. 179 Cn), el Juez de Paz (art. 180 Cn), el Fiscal General de la República y el Procurador General de la República (art. 192.3 Cn) y el Gobernador (art. 201 Cn).

En la modernidad, el Estado no se inventa derechos, sino que garantiza los derechos humanos de toda la población y los regula en su Constitución para su efectivización como derechos fundamentales. Por ello, los funcionarios públicos de gobierno son delegados del pueblo y no deben anteponer sus creencias religiosas emanadas de clérigos o ministros de cualquier culto, ya que cuando asumen responsabilidad de conducción política deben cumplir exclusivamente el mandato constitucional, de los tratados internacionales y de la ley.

Lo anterior no significa la creación de un Estado con funcionarios públicos ateos, sino todo lo contrario, respetar todas las religiones y filosofías de todos los habitantes. Un sondeo de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas del año 2009, establecía que el 50,4% de los salvadoreños profesaban la religión católica; 38,2% eran cristianos evangélicos; 2,5% pertenecía a otra religión¹³; mientras que el 8,9% aseveraba no tener religión. Esto indica que en El Salvador existe un pluralismo religioso y se deberá respetar a todos sus habitantes por sus creencias o no, pero como recordara Sartori, el pluralismo exige también reconocer *“a Dios lo que es de Dios, al César lo que es del César y a la sociedad civil lo que no es de Dios ni del César”* (SARTORI. 2009: 49).

13. Grupos cristianos no protestantes en El Salvador son: Testigos de Jehová, Iglesia de los Santos de los últimos días (mormones), y la Comunidad de Cristo; y Doctrinas no cristianas: Bahaísmo, Islamismo, Budismo, Judaísmo, grupos relacionados con el Hinduismo, Rosacruzismo, movimientos psíquico-espiritualistas de la Nueva Era, y religión popular o sincrética de tradiciones nativas. Fuente: Consulta de Opinión pública abril-mayo 2012, serie de informes No. 130, ver: www.uca.edu.sv

Es trascendental señalar que no todos los Estados que se declaran laicos lo son en la práctica. En El Salvador, existen casos de recientes políticas públicas, reformas y propuestas de reformas constitucionales de carácter social, donde su calidad de Estado laico se ha visto cuestionada. V.g.:

- a) La reforma en 1999 al art. 1 inciso segundo Cn (según D.L. No. 541 del 3/feb/99 y publicado en D.O. No. 32, tomo 342 del 16/feb/99) la cual fue aprobada en un contexto de discusión del nuevo Código Penal de 1998 con lo cual se puso fin a los avances del Código Penal de 1973 sobre los derechos de la mujer en caso de existir peligro en su salud y pueda provocar un aborto. Esta reforma constitucional implica actualmente cerrar casi toda posibilidad de aborto terapéutico o eugenésico a favor de la adolescente o la mujer, sumado a la política criminal del Estado que se encuentra influenciada por aspectos religiosos, con lo cual existe la posibilidad de penalizar los cuerpos de todas las mujeres que se encuentren embarazadas¹⁴.
- b) La reforma de 2009 a los arts. 32 al 36 Cn (que luego de su aprobación por D.L. No. 4 del 29 de abril de 2009 no fue ratificado por votación calificada de la segunda legislatura de 2012) donde se pretendía modificar el texto actual -sobre la familia, el matrimonio y la adopción- mediante una redacción que discriminaba a grupos minoritarios ante su diversidad sexual.
- c) En 1999 las políticas de educación sexual de los Ministerios de Salud y Educación, recibieron una férrea oposición por parte de la jerarquía de la iglesia católica y se suspendió su difusión mediante textos de estudio.

14. En la historia existen muchos casos similares, donde los derechos de las mujeres han sido vistos bajo el rigor religioso, pero también ha existido el reconocimiento del derecho a la discriminación positiva. Por el año 1923 la Corte Suprema de Justicia de EUA en el caso *Adkins vrs. Children's Hospital*, 261 U.S. 525 por medio del Juez Oliver Wendell Holmes manifestaba en su voto discrepante "(...) Hará falta algo más que la Decimonovena Enmienda (1. El derecho de sufragio de los ciudadanos de los Estados Unidos no será negado ni limitado por los Estados Unidos o por Estado alguno por razón del sexo) para convencerme de que no existe diferencias entre hombres y mujeres, o de que la legislación no puede tomar esas diferencias en cuenta. Yo no dudaría en tenerlas en cuenta si lo creyera necesario para confirmar esta ley..." (Arjona, Cesar Sebastia. 2006: 174)

- d) En 2010 se intentó la creación de una ley para la lectura obligatoria de la biblia en todas las escuelas del país, bajo iniciativa de grupos religiosos protestantes por medio de facciones políticas.

En todos los asuntos citados, casi siempre se atribuyó como representante de toda la sociedad, una organización civil de perfil religioso, que ha jugado un papel trascendental –según el caso- para su aprobación u obstaculización, e incluso para la última ratificación de la reforma constitucional, exigieron el cumplimiento de un acuerdo firmado durante la anterior campaña política, donde diversos partidos políticos se habían comprometido a reformar la Constitución de dichas disposiciones de carácter social. La última propuesta de reforma constitucional no avanzó, pero este movimiento demostró no solo el fuerte poder de sus creencias religiosas, sino también su fuerte influencia sobre la legislatura y los medios de comunicación.

Estos casos que conmovieron la opinión pública, sin duda implicaron una “discriminación negativa”¹⁵ para ciertos sectores poblacionales, especialmente las mujeres, quienes aun esperan que la legislatura o la jurisprudencia nacional pueda emitir leyes o fallos de “discriminación positiva o discriminación inversa”¹⁶, que revierta esas decisiones de contenido religioso y se pueda superar este tipo de discriminación como sector perjudicado por la postergación de esta afectación. En la década de los años setenta los EUA a pesar de la oposición de fuertes sectores religiosos practicó la discriminación positiva a favor de las mujeres y minorías raciales –especialmente la negra- con beneficios tangibles para su sociedad.

Al respecto Habermas nos recuerda que en el tema de la relación entre religión y Estado liberal –democrático, la auténtica responsabilidad de la sociedad postsecular no es otra que la de “*comprender la secularización*”

15. Discriminación negativa implica excluir arbitrariamente a un grupo poblacional o la motivación que determina la existencia que determina una carga coyunturalmente negativa respecto de las personas a las cuales se dirige el acto de segregación dado, fundamentalmente, en la no aceptación por parte de quien ejerce el acto discriminatorio de algún carácter propio de la persona destinataria del mismo”. (Domínguez y otras. 2006: 373).

16. Discriminación positiva o discriminación inversa: tiende a favorecer a determinadas personas de ciertos grupos sociales en mayor proporción que otros, buscando compensar y equilibrar la marginación que recae sobre aquellas personas que se encuentran en una posición de desigualdad. (Domínguez y otras. cit: 373)

cultural y social como un proceso de doble aprendizaje, que obliga tanto a la tradición del Iluminismo cuanto a la de la doctrina religiosa a reflexionar sobre sus propios límites". Y de este modo quedan delimitados los parámetros en que ha de plantearse la laicidad del Estado: que en el momento en que el Estado asumiera como función específica de sus competencias la fijación de los límites y las posibilidades de desarrollo e influencia de lo religioso en la sociedad plural, estaría simultáneamente excluyendo de la sociedad una dimensión necesaria y fundamental para muchos de sus ciudadanos y, derivadamente, la propia pluralidad de la sociedad. (HABERMAS, Jürgen. 2004: 72).

En el plano jurisprudencial recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha recordado que la auténtica laicidad valora positivamente la libertad religiosa desde una perspectiva más formalmente jurídica, el derecho de libertad religiosa y su libre ejercicio como *"uno de los cimientos de toda sociedad democrática"*, puesto que *"la libertad religiosa, siendo elemento esencial de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, es también, y sobre todo, un bien preciado para ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes, consecuencia necesaria del pluralismo consustancial con una sociedad democrática"* (TEDH, Buscarini y otros contra San Marino, 19 de febrero de 1999. Doctrina reiterada en el caso Leyla Çahin contra Turquía, del 10 de noviembre de 2007).

Con lo anterior la separación entre Estados Laicos y confesionales parece clara en Europa, sin embargo en América Latina esto aún no está finalizado, lejos de eso, las cosas no son tan fáciles solo frente a la Iglesia Católica. En todos los nuevos países de Latinoamérica que surgieron a raíz de la descomposición del imperio español, sus gobernantes pretendieron heredar el Real Patronato¹⁷ y redactaron constituciones que protegían a la religión católica, privilegiaban a la Iglesia romana y no toleraban la presencia de otros cultos.

17. El Real Patronato: consistió en el conjunto de privilegios y facultades especiales que los Papas concedieron a los reyes de distintas monarquías europeas del Antiguo Régimen y que les permitían, al principio, ser oídos antes de una decisión Papal o elegir directamente en sustitución de las autoridades eclesíásticas, a determinadas personas que fueran a ocupar cargos vinculados a la Iglesia Católica (Derecho de patronato).

Hoy en día como desencadenante de esa exclusión religiosa histórica, surge otro desafío: *“el movimiento fundamentalista protestante, neoconfesional”* que instrumentaliza el pluralismo religioso con el objetivo político de lograr un *“Estado pluriconfesional”* en oposición al Estado laico. Este movimiento hacia la pluriconfesionalidad proviene de acciones políticas reivindicatorias de iglesias protestantes que han adquirido progresivamente mayor presencia en la vida política partidaria de los países latinoamericanos, comprometidas con un ideario fundamentalista dirigido a colonizar la sociedad y el Estado. Este movimiento ha tenido ostensibles signos de manifestación en Argentina, Brasil, Bolivia, Ecuador y Perú (HUACO, Marco. 2011: 94). Sobre lo anterior presentamos algunos casos:

- a) En Brasil, luego de aprobarse un acuerdo concordatario entre la Santa Sede y el Estado brasileño en noviembre de 2008 con cláusulas que comprometen el carácter laico de la educación pública, una coalición de diputados protestantes fundamentalistas liderada por el conservador Partido Progresista (PP) pasó a la contraofensiva proponiendo una *“concordata evangélica”* bajo la forma de una ley general de religiones (ley 5.598) que fue finalmente aprobada en agosto de 2009.
- b) Entre los años de 2006 y 2007 en Ecuador y en Bolivia, existió una controversia entre los partidarios de un Estado Confesional y los de un Estado laico, lo cual ocurre en torno a la aprobación de nuevas Constituciones surgidas de los procesos de referéndum público y retorno al poder de gobiernos de izquierda.
- c) En Bolivia, el debate de la Constitución promovida por su Presidente Evo Morales provocó fuertes cuestionamientos críticos respecto a la constitucionalización de ciertos derechos sexuales y reproductivos, el matrimonio de personas del mismo sexo, la presencia de invocaciones a *“Dios”* o a la *“Pachamama”* en el Preámbulo constitucional, el carácter laico de la educación pública, y si debía mantenerse el sostenimiento financiero a la iglesia católica romana.
- d) En Ecuador se produjo la discusión y aprobación de su nueva Constitución en medio de un agudo conflicto público entre iglesia católica, ciertas iglesias protestantes que llaman a una cruzada santa contra el

gobierno del Presidente Rafael Correa, cruzada de idénticas características a la emprendida en Bolivia. En Ecuador además, existe una fuerte discusión sobre una nueva ley de libertad religiosa.

- e) En Argentina, la diputada evangélica y opositora al régimen, Cynthia Hotton, política “provida” y “pro-familia”, propuso el proyecto 1749-D-2010 (ley de libertad religiosa). Este proyecto propone que el Estado regule jurídicamente sus relaciones con aquellas confesiones “que tengan presencia universal, tradición histórica en el país y estructura estable” a través de acuerdos de cooperación que acerquen sus derechos y beneficios patrimoniales, personales y de estatus jurídico a aquellos ostentados por la Iglesia Católica gracias a sus acuerdos concordatarios con el Estado argentino.

Finalmente en el Perú, también los actores sociales han promovido la discusión de los mismos temas, primero a través de un proceso de reforma constitucional, luego de normas legales estableciendo un registro de entidades religiosas y finalmente con la discusión de un proyecto de ley de igualdad religiosa. Gradualmente surgen agrupaciones religiosas evangélicas de inspiración fundamentalista que ya no ponen el énfasis en la defensa de la libertad religiosa desde una posición de minorías religiosas, sino más bien buscan lograr hegemonía política en la sociedad para instaurar un “Estado cristiano” con políticas públicas y legislación inspiradas en el credo evangélico fundamentalista (HUACO, Marco. 2011: 96).

Finalmente debemos concluir que dos siglos después, si bien esta lógica de enfrentamiento no ha desaparecido completamente, está siendo remplazada por formas de gestión de lo religioso más acordes con el reconocimiento de una pluralidad de creencias, de la necesidad de respetar los derechos humanos y la libertad de conciencia, así como de impulsar una gestión más democrática de la vida política. Sin embargo, para Blancarte esta transición no necesariamente conduce del confesionalismo a la laicidad. Las añejas tendencias aunadas a las nuevas dinámicas se presentan ahora como una disyuntiva para los regímenes políticos de América latina: laicidad o pluri-confesionalidad. Y no está claro cuál de estas contradictorias propuestas de régimen van a prevalecer (Blancarte, R. 2011: 182).

Por lo anterior, la importancia de la contribución del Órgano Judicial en asegurar la tutela judicial efectiva de los derechos de todos los habitantes, especialmente de la población en condición de vulnerabilidad¹⁸ frente a los otros Órganos del Estado es determinante. Como dice Simón, el papel del juez ha sido modificado. Este ha pasado de ser un juez subordinado a la ley a ser su intérprete, motivado por las interpretaciones instrumentalistas que se han planteado de la relación entre el derecho y la política, identificando dos herramientas indispensables para el cambio: el nivel de libertad y la movilidad de la interpretación judicial (Simon, 1985: 109). En este punto, el autor resalta que el giro hacia la política exige que la actividad judicial esté mediada por tres características: que sea legítima, que sea justificada y que sea controlada. El fin es el de garantizar el principio de soberanía popular (Ibíd. Citado por Rincón, Liliana. 2010).

IV. Conclusión

El laicismo latinoamericano puede ser observado desde dos posibles perspectivas, no necesariamente excluyentes: la de una laicidad en construcción o la de un pluriconfesionalismo, que puede provocar un inevitable anticlericalismo. Es muy peligroso para las democracias latinoamericanas, el movimiento fundamentalista protestante o neoconfesional que tiene por objetivo político lograr un “Estado pluriconfesional” en oposición al Estado laico, especialmente por estar ligadas –en la mayoría de los casos- a tendencias clientelares y populistas de algunos regímenes. La historia ha demostrado que en el Estado no funciona la mezcla de la religión con lo político.

18. Las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad en su Art. 3 define a las poblaciones en condición de vulnerabilidad como: aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico; entre ellas se encuentran: la niña, niño o adolescente, el adulto mayor, persona con discapacidad física, mental o sensorial, comunidad indígena, víctimas como personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta, trabajadores migratorios y sus familiares, desplazados internos, personas en situación de pobreza, discriminación que la mujer sufre, pertenencia de una persona a una minoría nacional o étnica, religiosa y lingüística, persona privada de libertad.

Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, que tuvo lugar en Brasilia entre los días 4 y 6 de marzo de 2008.

Podemos concluir entonces, que la laicidad no es intrínsecamente anticlerical ni mucho menos antirreligiosa ni atea. De hecho, se puede argumentar que ésta surge precisamente como un marco institucional necesario para el desarrollo de las libertades religiosas, particularmente la libertad de creencias y la de culto.

Por consiguiente, a fin de mantener las decisiones basadas en la construcción de un Estado Laico, los funcionarios públicos salvadoreños deberán aplicar dos categorías esenciales: a) la racionalidad y b) la apertura al análisis y la confrontación de cualquier idea o actitud, manteniendo siempre el principio de la libertad. Además se deberá considerar que tres factores han incidido para la reactivación del laicismo: 1) La gestación de una efectiva y significativa pluralidad religiosa, la cual goza de una amplia libertad e incluso de beneficios fiscales; 2) La mayor conciencia de proteger los derechos humanos y por tanto los derechos de las minorías, basada en la creciente diversidad de poblaciones en condición de vulnerabilidad; 3) La gradual, pero real democratización de la sociedad salvadoreña.

Cuando el Estado salvadoreño reconoce en nuestra constitución que el Origen y fin del mismo es la persona humana, esto implica que la actividad fundante es humana y no divina. El ejercicio de los derechos reconocidos solo es posible en un estado Laico que los garantice. De ahí que el Estado está comprometido a asegurar a los habitantes el goce de toda libertad, lo que no será posible si no representa a toda la población, al estar comprometido con una religión en especial. La libertad además es un valor y un principio que se asume en los Estados que se consideran democráticos.

Como podrá notarse, si el Estado salvadoreño es Laico, la práctica de la democracia será fundamental, ya que la participación de las personas institucionaliza el poder soberano del pueblo. De ahí que la Constitución, obliga a todos los funcionarios públicos a tener el requisito del estado seglar, lo que significa que no pueden ser clérigos y deben cumplir sus funciones asumiendo la autoridad depositada por el pueblo. Debe quedar claro que en las repúblicas se gobierna en base a las leyes emanadas del poder soberano del pueblo y no por creencias religiosas particulares.

En la medida que los funcionarios públicos se encuentren comprometidos con la práctica de la laicidad, todos los órganos del Estado podrán emitir leyes, juzgar y administrar al Estado sin discriminación. Por ello la importancia de la separación del poder público del Estado del poder de las iglesias, ya que esto fortalece sus autonomías.

Las anteriores funciones no podrán ser ejercidas sin un corpus iuris de convencionalidad que de acuerdo al art. 144 Cn. todos los tratados internacionales de derechos humanos especialmente de carácter social se consideran supra legal y garantizan los medios positivos para el efectivo ejercicio de la libertad de conciencia, pensamiento y religión, así como de la educación. Este hecho ha repercutido en numerosas libertades sumadas a ella, tales como: el considerar a las mujeres como sujetas de derechos, el derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo y a una vida libre de violencia, el derecho de las parejas a decidir el número de hijos que les parece conveniente, el derecho de los adolescentes a tener una educación sexual, el derecho de los individuos a vivir de acuerdo a la orientación sexual de su preferencia, el derecho al matrimonio legal y al divorcio sin prejuicios sociales, la unión no matrimonial, etc.

Finalmente la educación es fundamental, por cuanto contribuye a construir una sociedad democrática que busca erradicar todo espíritu de intolerancia y de odio, aspecto relevante en las sociedades que practican la laicidad y evitan la discriminación de todo tipo. Esto a mediano plazo contribuirá a una mayor demanda de transparencia, escrutinio de la función pública y exigencia de rendición de cuentas para la autoridad política, quien estará más sujeta a la voluntad de los ciudadanos y en consecuencia a la conformación de un Estado más Laico.

V. Bibliografía

- ARJONA, Cesar (2006) *“Los votos discrepantes del Juez O. W. Holmes”*, Editorial Iustel, primera edición, Madrid, España. Pág. 174
- BLANCARTE, Roberto (2011) *“America Latina: entre pluri-confesionalidad y laicidad”*. Revista Civitas de Ciencias Sociales, vol. 11, No. 2, 2011. Pontificia Universidade Católica do Río Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil.
- BLANCARTE, Roberto (2003): *“Discriminación por motivos religiosos y Estado Laico: elementos para una discusión”*. Revista Estudios Sociológicos, vol. XXI, No. 2. El Colegio de México, Distrito federal, México. Pág. 279-307.
- BLANCARTE, R. (2008). *“Para entender el Estado Laico”*. México: Nostra, p. 8.
- CALLAHAN, William J. *“Iglesia, poder y sociedad en España 1750-1874”*, Madrid, traducción de Ángel Luis Alfaro y Jesús Izquierdo. Madrid, Nerea ISBN 84-86763-12-6. Pág. 314.
- CALVO Espiga, Arturo (2010): *“Incidencia jurídica de la laicidad del Estado en la sociedad plural”*. Revista Chilena de derecho, Vol. 37, No. 3. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.
- CALVO ESPIGA, Arturo (1997): *“De nuevo sobre la naturaleza y lugar del Derecho Canónico: derecho confesional versus ordenamiento estatal”*, Scriptorium Victoriense, vol. 44: p. 58-138.
- CORRAL, Carlos Salvador (2004) *“Laicidad, aconfesionalidad, separación ¿son lo mismo?”* Revista UNISCI, Discussion papers, No. 6. Universidad Complutense de Madrid, España.
- DE LA TORRE Martínez, Carlos (2006) *“Memorias del primer congreso internacional sobre iglesias, estado laico y sociedad”*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México. Pág. 415.
- DOMÍNGUEZ, Andres y otras (2006) *“Derecho constitucional de Familia”*, Editorial Comercial, Industrial y financiera, Tucuman, Buenos Aires, Argentina. Pág. 373.

- HUACO, Marco (2011) “*Perú hacia un Estado pluriconfesional: el caso de la nueva ley de libertad religiosa*”, Revista del Centro de Investigación, Universidad La Salle, Vol. 9, No. 36, Distrito federal, México. Pág. 93-109.
- HABERMAS, Jürgen (2004): “*Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Staates*”, en: HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph, “*Voluntad y moral en los Estados*” (Munich, Katholische Akademie in Bayern). Pág. 72.
- HAMUI Sutton, Liz (2011): “*La laicidad como hegemonía discursiva*”. Revista del Centro de investigación, Universidad LaSalle, Vol. 9, No. 36. Pág. 59-67, México.
- MARTÍNEZ Castro, Fidelina (2010) “*Garantías de la legislación salvadoreña que inciden en el carácter laico del Estado*”, Movimiento por una cultura laica. Proyecto “Mujeres y niñas fortaleciendo alianzas y construyendo una vida libre de violencia en El Salvador” ejecutado por la Asociación de Mujeres por la dignidad y la vida “Las Dignas”, con el apoyo de AECID. Pág. 55.
- POULAT, Émile (2005) “*Privatización y liberalización del culto en Francia. La ley francesa de 9 de diciembre de 1905*”. Anuario de historia de la iglesia, vol. XIV, Universidad de Navarra, Pamplona, España. Pág. 69-82.
- PRENCHT Pizarro, Jorge Enrique (2006). “*La laicidad del Estado en cuatro constituciones latinoamericanas*”, Revista de Estudios constitucionales, Vol. 4, No. 2, Centro de Estudios constitucionales, Santiago de Chile, Pág. 697-716.
- SARTORI, Giovanni (2000): “*Pluralismo, Multiculturalismo e Estrani*” (Milán, Editorial RCS Libri S. p. A.). 186 pp.
- SARTORI, Giovanni (2009): “*La democrazia in trenta lesioni*” (Milán, Arnoldo Mondadori Editore S. p. A.). 124 pp.
- SANABRIA, F. (2006). “*La laicidad: un requisito para la educación pluralista*”. Revista Educación y pedagogía. Medellín, Colombia: Facultad de Educación, Universidad de Antioquia, Vol. XVIII, no. 44, p. 55. [En línea] Disponible en: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/revistaeyep/article/viewArticle/6071> .

- SIMON, Dieter. *“La Independencia del Juez”*. Ariel. Barcelona, 1985.
- SIMAN, Emilio (1951). El Salvador. En: PATEE, Richard. *El catolicismo contemporáneo en Hispanoamérica*. Editorial Fides, Buenos Aires, Argentina. Pág. 234.
- TEDH, Buscarini y otros contra San Marino, 19 de febrero de 1999. Doctrina reiterada en la Leyla Çahin contra Turquía, de 10 de noviembre de 2007.
- TAPIA Hernández, Silverio (comp.) (1999): *“Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México”*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Pág. 110-114.
- VEGA, Ismael Leandry (2010). *“Derecho vs. Religión: La nueva batalla intelectual”*. Espacio Creativo. ISBN 978-1452844053 (www.amazon.com)
- Rincón, Liliana (2010) *“Aportes de la judicialización de la política al proceso de transición a la democracia”*, Universidad de Salamanca, España.
- La Constitución de la República Federal de Centroamérica, tomo I, primera edición 1993. Unidad Técnica Ejecutiva, Talleres UCA, El Salvador.
- La Constitución de la República de El Salvador 1824-1962, primera parte, tomo II-A, primera edición, 1993. Unidad Técnica Ejecutiva, Talleres UCA, El Salvador.
- La Constitución de la República de El Salvador 1824-1962, primera parte, tomo II-B, primera edición, 1993. Unidad Técnica Ejecutiva, Talleres UCA, El Salvador.
- www.Laicismo.org

¿Cómo publicar en esta revista?

Se hace extensiva la invitación a todos los profesionales del derecho a continuar brindando sus aportes en las diversas publicaciones de este Consejo, puede enviar sus artículos, ensayos, investigaciones o reseñas a:

Dirección postal:

Escuela de Capacitación Judicial “Dr. Arturo Zeledón Castrillo” del Consejo Nacional de la Judicatura, Final Calle Los Abetos N° 8, Colonia San Francisco, San Salvador. El Salvador

Dirección electrónica:

comiteditorial@cnj.gob.sv.

Los ejes de interés de nuestra revista giran en torno a tópicos jurídicos y sobre el funcionamiento administrativo y judicial del sistema de administración de justicia en El Salvador. Las contribuciones deberán cumplir con los siguientes requisitos:

Extensión y abstracto

Los artículos no deberán superar las 25 páginas, escritas a espacio y medio, en letra times 12 o equivalentes para artículos o ensayos; las reseñas bibliográficas no deben sobrepasar las 3 páginas.

Tanto artículos como ensayos deben contener un abstracto de un aproximado de 10 líneas, así como un sumario, con los principales apartados que se desarrollan. En cuanto a las reseñas o recensiones llevarán un título, relacionado a su contenido, y una descripción de la obra reseñada que seguirá este esquema: AUTOR, título, año, número de páginas.

Datos curriculares.

Todas las contribuciones deberán incluir una pequeña referencia a los datos curriculares del autor: su formación o profesión, publicaciones –si las hubiera- o áreas profesionales de trabajo, adscripción institucional, y dirección electrónica de contacto, pudiendo adjuntarse el CV del autor.

Sistema de citas

De preferencia puede utilizarse el sistema tradicional de citas bibliográficas con notas a pie de página, o también el abreviado o Estilo APA donde la referencia bibliográfica va incorporada entre paréntesis dentro del texto y remite a una bibliografía final, o el Chicago.

De forma ejemplificativa, a continuación indicamos la estructura de citas en texto bajo los estilos o modelos referidos: APA y Chicago.

Sistema APA.

Forma de citar en el texto principal de un documento:

Las citas textuales deben ir entrecomilladas.

“La violencia contra el niño puede ser ejercida en diversos espacios como la escuela, el trabajo, en las instituciones estatales mismas encargadas de proteger el niño, y también en el hogar” (Prado, 2014: 79).

Para citar una publicación producida por una organización, la primera referencia a ésta incluirá su nombre completo, y en las citas subsiguientes se podrán utilizar las siglas que la identifican.

La primera vez: Las mujeres latinoamericanas (Instituto Interamericano de Derechos Humanos –IIDH–, 1997: p. 85).

Las ulteriores veces: La situación de los derechos de las mujeres (IIDH, 1997: p.8).

Formas de presentar la bibliografía al final del trabajo

Las referencias bibliográficas deben presentarse del siguiente modo:

Libro: Autor, iniciales (Año). Título del libro. Lugar de la publicación: Editor.

Pisarello, G. (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta.

Artículos en revistas científicas. Autor, iniciales. (año). Título del artículo. Título de la revista, volumen (número, si hay), páginas donde inicia y finaliza el artículo.

De la Torre, A. (2005). Los derechos humanos: su fundamentación y alcances. En Ventana Jurídica, II (6), 173-184.

Prado, L. (2014), ¿Es el uso del castigo corporal y humillación una pauta de crianza con reconocimiento legal en El Salvador? En Ventana Jurídica, Vol.2 (Año VII), 68-103.

Artículos en revistas de circulación masiva o periódicos. Autor, iniciales. (año, fecha). Título del artículo. Título de la revista o periódico, páginas en las que inicia y finaliza el artículo.

Portillo, R. (2012, 15 de julio). El código de Las Palmas. Séptimo Sentido, La Prensa Gráfica, pp. 6-11.

Publicaciones oficiales de algún gobierno. País. Dependencia gubernamental. (año). Título del documento.

Lugar de publicación: Editorial.

Gran Bretaña. Ministerio del Interior. (1994). Política de las prisiones para Inglaterra y el País de Gales. Londres: HMSO.

Estilo Chicago.

Las citas textuales deben ir entrecomilladas.

“La violencia contra el niño puede ser ejercida en diversos espacios como la escuela, el trabajo, en las instituciones estatales mismas encargadas de proteger el niño, y también en el hogar” (Rodríguez y Prado, 2014, 79).

Formas de presentar la bibliografía al final del trabajo.

Cita de monografías o libros:

Foucault, Michael. 1996. La verdad y las formas jurídicas. Barcelona: Gedisa.

Artículos en revistas científicas.

(Footnotes)

1 Fuente: Enciclopedia Británica, Atlas de fe, 2003.

