



■ ¿Aceptamos el cambio de paradigma?: Comentarios al proyecto de “Ley de protección integral de la niñez y de la adolescencia”

(Parte II)

El principal mérito del proyecto es que colocaría a El Salvador entre los países que han adecuado su legislación a los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Órgano Ejecutivo ha dado a conocer el proyecto de “Ley de protección integral de la niñez y la adolescencia”, elaborada por la Unidad Técnica Ejecutiva del Sector de Justicia (UTE) con la cooperación del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). El Departamento de Estudios Legales ha hecho un análisis del proyecto, cuya segunda parte publicamos en este boletín.

En la primera parte del estudio se examinó el contenido y la estructura del proyecto de ley. En esta segunda y última parte se señalan y valoran tanto sus más relevantes fortalezas como sus debilidades y se concluye con una serie de recomendaciones.

Análisis

A. Criterio de evaluación

Antes de juzgar el valor del proyecto en estudio nos referiremos a los criterios y parámetros que utilizaremos para determinar las fortalezas y debilidades del mismo.

Consideramos que el criterio más relevante para juzgar su valor es su adecuación a las obligaciones internacionales del Estado salvadoreño. Es decir, el valor relativo del proyecto deriva inicialmente de su grado de cumplimiento con las obligaciones de El Salvador en materia de derechos de la niñez y adolescencia y su adecuación al resto del ordenamiento jurídico salvadoreño. Adicionalmente, se utilizan criterios endógenos a la propuesta de ley, como son su coherencia interna, su técnica y su redacción. En las dos secciones siguientes se observan sus más importantes logros y desaciertos fundamentalmente a la luz de estos criterios.

B. Fortalezas del proyecto

1. El principal mérito del proyecto es que colocaría a El Salvador entre los países que han adecuado su legislación a los mandatos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto hay que recordar que la Convención obliga a los Estados a adoptar “todas las medidas

Una característica importante del proyecto es que se inspira en la experiencia acumulada de países de nuestro entorno cultural y de cultura jurídica similar.

administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención” (Art. 4). Han pasado casi 18 años desde que el país se comprometió internacionalmente para con su niñez y adolescencia y nada justifica que siga postergando la adecuación de su legislación interna sobre la materia. Aunque el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas reconoce que, desde la suscripción de la Convención, el país ha dado algunos pasos importantes en la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, los juzga como insuficientes. De tal manera, el que finalmente se cumpla con el mandato de la Convención es en sí mismo un hecho destacable, aunque evidentemente resta por examinar la manera cómo se logra el cumplimiento de las obligaciones convencionales.

2. Un segundo punto que nos interesa destacar y que consideramos debe ser tomado en cuenta en cualquier discusión legislativa del proyecto es que éste propone un marco normativo de una visión de país que aún no existe pero que debería existir. Es decir, no se trata de una ley que simplemente organiza y tolera la realidad que rodea a la niñez y adolescencia, sino que pretende sentar las condiciones jurídicas para que aquélla se transforme. Éste es un proyecto que contiene una normativa que claramente propiciaría un nuevo paradigma de protección y promoción de los derechos de ese sector de la población. El proyecto propone pasar de una legislación dispersa a una nueva sistemática de derechos y de competencias institucionales indefinidas o traslapadas a un sistema coordinado de instituciones, pero sobre todo pasar de una visión en la que el niño y el adolescente aparece marginado de las políticas estatales a una en la que se convierte en importante miembro de la

institucionalidad democrática.

3. El proyecto refuerza la condición de sujetos de derecho de los niños y adolescentes. Una interpretación muy común en nuestro medio, pero claramente errónea e inconstitucional, considera que los niños y adolescentes no son sujetos plenos de derecho por no poder ejercer derechos y deberes políticos. Es decir, se confunde la capacidad para el ejercicio de los derechos y deberes políticos con la condición de sujetos de derecho. Aunque la Constitución y toda una serie de tratados internacionales reconocen a todas las personas la titularidad de un amplio catálogo de derechos, la Convención sobre Derechos del Niño constituye la más importante reafirmación de esta condición para ese sector de la población, cuya promoción y garantía estaría regulada ampliamente en la ley cuyo proyecto examinamos. La Convención reconoce el principio de ejercicio progresivo de las facultades (Art. 10), aunque no siempre establece un término preciso para la plena asunción de dichos derechos (una excepción sería el derecho de asociación, del que, según el Art. 96, el adolescente goza desde los catorce años); en todo caso, no hace referencia a los derechos patrimoniales de los menores, su representación y otros derechos inherentes a la autoridad parental, como el derecho de corrección, por lo que las normas del Código Civil, del Código de Familia y del Código de Comercio que tratan este tema no sufrirían modificación.
4. Una característica importante del proyecto es que se inspira en la experiencia acumulada de países de nuestro entorno cultural y de cultura jurídica similar. Una crítica común que se hace a ciertas propuestas legislativas en nuestro medio es que pretenden emular o adecuar instituciones que pertene-

En América Latina países como Brasil, Argentina, Colombia, Venezuela, Chile, México, Ecuador e incluso Costa Rica, Honduras, Guatemala y Nicaragua, han precedido a El Salvador en la adecuación de su legislación a las obligaciones de la Convención.

cen a realidades cuyas complejidades no son siempre bien consideradas¹. En América Latina países como Brasil, Argentina, Colombia, Venezuela, Chile, México, Ecuador e incluso Costa Rica, Honduras, Guatemala y Nicaragua, han precedido a El Salvador en la adecuación de su legislación a las obligaciones de la Convención. Aunque las experiencias han sido, sin duda, diversas y sus resultados no siempre son los deseados, estamos seguros que de ese valioso cúmulo de experiencias, positivas y negativas, hay mucho que aprender. Debe recordarse que aunque la Convención establece un amplio catálogo de derechos, garantías y principios de carácter universal, no establece formas concretas cómo estas obligaciones deberán cumplirse, pues de esa manera da cabida a las diferencias culturales y jurídicas de los distintos Estados Partes. Ello implica que cada Estado elegirá la forma más adecuada a su propia realidad jurídica y social en que se dé efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. Lo que interesa es que el cumplimiento de los derechos sea efectivo. En palabras del propio Comité de los Derechos del Niño: “Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva”².

1. No queremos decir con esto que no podamos aprender de otras culturas jurídicas, pero sí el que uno de los primeros referente para nuestras decisiones legislativas deberían ser los ordenamiento jurídicos de nuestro entorno regional.
2. Párrafo 1 de la Observación General No. 5 del Comité de los Derechos del Niño relativa a las medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/GC/2003/5 del 27 de noviembre de 2003.

5. En su regulación de derechos y garantías, el proyecto de ley pretende reunir en un sólo cuerpo legal gran parte de la regulación relativa a la protección de los niños y adolescentes en el país, abarcando la mayoría de las materias tratadas en la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales. Esta visión integral de los derechos de la niñez, por evidente que parezca, brindaría protección a todos los niños y adolescentes sobre todos sus derechos. Es decir, no se trata de una norma enfocada sólo en una parte de ese sector de la población ni de la regulación de una parte de sus derechos. Esto no sólo facilita la armonización de la regulación sino también complementa adecuadamente la legislación penal juvenil. Ello sin embargo no significa que todas las prescripciones relativas a la niñez y adolescencia quedarían comprendidas en el texto de la nueva ley. Muchas otras, por su contenido y materia continuarían en el Código de Familia, la Ley Procesal de Familia, la Ley Penal Juvenil, el Código Civil, el Código de Comercio, el Código de Trabajo, la Ley de la Inspección General de Trabajo y otros cuerpos legales. Es comprensible que la nueva ley no pretenda concentrar la totalidad de la regulación de niñez y adolescencia pues se convertiría en un texto legal inmenso y de difícil integración. Lo importante es que el proyecto de ley ofrece una mejor alternativa de sistematización a la dispersión actual; el reto será garantizar la debida adecuación y armonización mediante cuidadosas reformas y derogatorias.
6. En la misma línea, cabe destacar que el proyecto contiene una metódica y sistemática regulación de una serie de derechos y principios que, aunque nuestro ordenamiento ya



Para garantizar la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, la propuesta de ley crea una institucionalidad integral.

regula, contienen matices aplicables a la niñez y adolescencia por lo que conviene recordar como aplicables a este sector de la población. Dichas disposiciones incluyen normas constitucionales como el principio de igualdad (Art. 6), el derecho a la vida (Art. 12), el derecho a la seguridad social (Art. 30) y casi todos los derechos comprendidos en el Título II del Libro Primero; pero también comprende otras normas que ya están contenidas en leyes secundarias. Debido que estos derechos ya están en otros marcos legales, podrían ser removidos del proyecto y no cambiaría el sentido del mismo. Es importante señalar que de tomarse la decisión de mantenerlos, debe tenerse el cuidado de mantener la armonía en el sistema jurídico salvadoreño.

7. El proyecto propone además la ampliación de garantías de los derechos que no se encuentran reguladas actualmente en nuestra legislación. Es decir, innova al crear instituciones y mecanismos jurídicos que aseguren la efectividad de los derechos que declara. Destacan la creación de una nueva institucionalidad coordinada, la regulación coherente de las medidas de protección, la integración de la sociedad civil como actor relevante de la protección de los derechos y las acciones judiciales específicas (aunque con las reservas que ya hemos hecho respecto a su falta de armonización con la legislación procesal de familia). Nos parece que se hace un importante esfuerzo para que, en general, los derechos que se declaran sean completados con una serie de garantías para su cumplimiento. Sin embargo, tal como se observó antes, algunas de estas garantías no son del todo explícitas y ello podría debilitar el respeto de los derechos, sobre todo cuando éstos se introducen por pri-

mera vez al ordenamiento jurídico salvadoreño.

8. Para garantizar la protección de los derechos de la niñez y adolescencia, la propuesta de ley crea una institucionalidad integral. Esta es quizá una de las apuestas más importantes de la ley, pues en lugar de adecuar las ya existentes, se propone la fundación de un nuevo conjunto de instituciones que de manera coordinada trabajen por la protección de los derechos de los niños y adolescentes. Esto, sin embargo, no deja de estar exento de problemas, como se indicará más tarde. En este apartado sólo indicamos que el Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, quedaría formado por un organismo rector de políticas, el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia (CONNA), un organismo ejecutor de programas nacionales de protección, el ya existente Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Niñez y de la Adolescencia, instancias municipales originadoras de políticas locales y ejecutoras de proyectos de leyes y proyectos de protección diversos, una red de tribunales de justicia especializados y un conjunto coordinado de entidades privadas.
9. Como se ha observado, entre otras características, este sistema institucional (el llamado “Sistema de Protección Integral”) descentraliza la atención, compartiendo las obligaciones de protección entre el gobierno central y los locales. Es importante señalar como la ley exige la articulación de organismos nacionales con locales, buscando asegurar el cumplimiento de sus disposiciones en todo nivel y en todo el país. Además, pretende integrar de pleno a la sociedad civil, brindándole apoyo para realizar su la-



bor pero también la sujeta a reglas claras, en armonía con la Convención sobre los Derechos del Niño.

10. La Convención de los Derechos del Niño establece en su preámbulo que la familia es el “grupo fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños”, por lo que debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir sus responsabilidades dentro de la comunidad. En coherencia con dicha disposición, el proyecto de ley subraya que la garantía de los derechos corresponde primordialmente al padre, la madre, la familia ampliada y el representante o responsable a quienes el Estado prestará la debida asistencia y suplirá cuando aquéllos no puedan hacerlo (Art. 8). La extensión de esa garantía necesita aclaración y la disposición debe examinarse en relación a las disposiciones del Código de Familia para asegurar la debida armonía entre ambos cuerpos legales. Entre otras disposiciones que reafirman esta protección del entorno familiar destacan, la reiteración de la disposición contenida en el Código de Familia relativa al derecho del niño a ser criado en familia y sólo ser separado de manera excepcional (Art. 76).

11. Finalmente, es de destacar la calidad técnica del proyecto, aunque con las reservas que se hacen en este estudio. La buena mano técnica de UTE es visible en el proyecto. La mayoría de los nuevos proyectos de ley que vemos hacen pensar que la técnica de redacción legislativa es un arte perdido en el país. A diferencia de éstos, el proyecto tiene una extensa exposición de motivos, útil para comprender la ley y las intenciones de sus redactores, está redactado en un lenguaje técnico pero claro y com-

preensible, sigue una capitulación temática impecable y contiene derogaciones expresas.

A. Debilidades del proyecto

1. El texto de la ley es extenso 299 artículos y por momentos las relaciones entre sus disposiciones se vuelven complejas. Aunque hemos destacado la buena técnica en la elaboración de la ley, también comprendemos que una ley con un alcance tan amplio tenga una extensión que obstaculice su lectura e interpretación. Esta puede ser una debilidad inherente a la estructura de la ley que parece difícil de sortear. Asimismo, mientras más extensa es la ley debe ser redactada con mayor cuidado, a fin de procurar su armonía con el resto de la legislación y este es un punto en el que el texto del proyecto puede ser mejorado, como se indica en los apartados siguientes.

2. La existencia en el ordenamiento jurídico salvadoreño de normas que por contenido y naturaleza no pueden agruparse bajo el nuevo cuerpo legal generará previsiblemente importantes problemas de coherencia y armonización que podrían dificultar la implementación de la ley. Aunque hemos destacado la intención de reunir bajo un mismo instrumento las disposiciones más relevantes para la protección de los derechos y garantías de los niños y adolescentes, también vemos con preocupación que las derogatorias expresas contenidas en la ley sean insuficientes para brindar coherencia y armonía al ordenamiento jurídico. Lo correcto sería asegurar que el nuevo cuerpo legal se insertará armónicamente en el ordenamiento jurídico salvadoreño mediante la debida derogatoria, reforma o aprobación de las normas necesarias para lograr esa finalidad. De esta manera, conside-

...consideramos que es necesario excluir del proyecto una serie de disposiciones que, por razones de armonía legislativa, deben estar comprendidas en el cuerpo legal especializado que las regula para todos los ciudadanos, entre ellas, normas laborales que deben estar incluidas en el Código de Trabajo



ramos que es necesario excluir del proyecto una serie de disposiciones que, por razones de armonía legislativa, deben estar comprendidas en el cuerpo legal especializado que las regula para todos los ciudadanos, entre ellas, normas laborales que deben estar incluidas en el Código de Trabajo (Arts. 50 a 67)³, sobre viajes al exterior y reunificación familiar, que deben estar en las leyes migratorias (Arts. 39 y 40), normas sobre atención médica que deben estar contenidas en el Código de Salud (Arts. 17 a 29 y 71), sobre la adopción que deben estar en el Código de Familia (Arts. 128 a 133), sobre educación especial que deben estar en la Ley de Equiparación de Oportunidades para Personas con Discapacidad (Arts. 32 y 61), etc.

3. En el mismo sentido, la simple repetición de las normas comprendidas en una ley secundaria en otra normativa posterior de la misma naturaleza es, en principio, un error

3. Debemos hacer una advertencia sobre las normas laborales contenidas en el Art. 56. Éste aumenta el período de vacaciones de los menores de edad a veinte días al año. Es cierto que toda normativa de protección de menores tiende a desestimular el empleo de los menores de edad, con intención de que éstos se dediquen a completar su educación formal; pero también es una realidad que, en muchísimos casos, el niño o el adolescente se ven obligados a desempeñar un trabajo como de subsistencia propia y de su familia; el proyecto de ley no ofrece verdaderos paliativos a esta situación. El aumento de las prestaciones laborales a los menores de dieciocho años no desestimulará a éstos a procurarse un empleo, pero sí a los patronos a ofrecérselo. En nuestro país hemos visto como las normas constitucionales y legales han tenido el efecto de acabar con el sistema de aprendizaje, creando un problema grave de desempleo juvenil, de limitación de oportunidades, carencia de entrenamiento para el ejercicio de profesiones y oficios y desaparición de algunos de éstos, que no ha podido ser solucionado, pese a muchos esfuerzos al respecto. La lección parece no haber sido aprendida.

de técnica legislativa. Un cambio en la voluntad del legislador obliga a reformar no una, sino dos leyes, y si esto no se hace, se provocan los consabidos problemas de desarmonía de los textos legislativos, inseguridad jurídica y material, discusiones sobre la normativa aplicable, necesidad de aplicación de los nada seguros criterios de derogación tácita. A esto hay que agregarle la complicación que ofrece la criticada disposición incluida en el inciso quinto del Art. 50 del Código Civil, producto de una reforma mal meditada, que establece que la derogación tácita de la ley especial por la ley general no es procedente. Lo correcto nuevamente es armonizar las disposiciones que no constituyen nada más que reiteraciones.

4. El empleo de lenguaje de género, que será del agrado de algunos sectores, interfiere con la lectura normal del texto y es gramaticalmente incorrecto en casi toda ocasión. Aún están vigentes las normas de la gramática castellana, recogidas en el Título Preliminar del Código Civil, que establecen que el uso de términos de género masculino plurales puede referirse tanto a hombres como a hombres y mujeres y el uso de términos de género femenino, exclusivamente a mujeres y esto debería ser suficiente; nadie puede decir que las mujeres no quedan comprendidas en una normativa que use exclusivamente términos masculinos. En estricta aplicación de tal modalidad lingüística, la expresión “las niñas, los niños y los adolescentes” debería ser “las niñas, los niños, las adolescentes o los adolescentes” o aceptar que las mujeres mayores de catorce años no están incluidas como sujetos de la ley, pero es obvio que los redactores no han querido caer en una situación que no tenga sentido.

A pesar del principio de ejercicio progresivo de facultades que recoge, el proyecto sigue la tendencia de considerar a los menores, especialmente a los adolescentes, como pequeños adultos con la misma madurez y discernimiento que los mayores de edad.

5. El proyecto recibirá serias críticas de sectores conservadores por el hecho de seguir una orientación, muy difundida en países con alto nivel de desarrollo, pero que está bajo fuertes críticas en los mismos y por muy buenas razones. A pesar del principio de ejercicio progresivo de facultades que recoge, el proyecto sigue la tendencia de considerar a los menores, especialmente a los adolescentes, como pequeños adultos con la misma madurez y discernimiento que los mayores de edad⁴. El papel y la autoridad de los padres quedan efectivamente minimizados y reducidos casi exclusivamente a obligaciones y aunque el texto del proyecto no altera expresamente las facultades de autoridad parental contenidas en el Código de Familia, aquéllas quedan efectivamente restringidas. Compárese, como ejemplo, la disposición contenida en el inciso segundo del Art. 213 del Código de Familia: “La formación religiosa

4. Una disposición que merecería una aclaración, pues no corresponde a la doctrina tradicional que ha informado la legislación del mundo occidental desde la época romana, al punto que dudamos si se trata de error de redacción, es la contenida en el inciso primero del Art. 4, que establece: “Todas las niñas, los niños y los adolescentes son sujetos plenos de derechos”.

No puede hablarse de “sujetos plenos de derechos” porque la personalidad jurídica no puede tener otro carácter; se es sujeto de derecho o no se es. Lo que puede estar sujeto a limitaciones es la capacidad de la persona para ejercer por sí misma sus derechos. Salvo excepciones concretas, entre nosotros, esa capacidad plena se obtiene al cumplir los dieciocho años; antes es limitada.

En el proyecto y en su Exposición de Motivos no se cuestiona esta limitación contenida en la Constitución y en otras leyes secundarias. En todo caso, si se refiere a capacidad, hay una contradicción evidente con el Art. 10, que establece el principio de ejercicio progresivo de los derechos y garantías reconocidos a los menores, conforme su desarrollo.

de los hijos será decidida por ambos padres”, con la disposición contenida en el Art. 94 del proyecto; según esta disposición los niños y adolescentes tienen derecho a libertad de conciencia y religión y el papel de los padres queda reducido al “derecho y el deber de orientar” en el ejercicio de este derecho; esto presupone una facultad del menor de escoger la religión que prefiera con base en una madurez que no puede tener. Los ejemplos pueden multiplicarse y revelan claramente la adopción de una tendencia que es “políticamente correcta” en foros sobre la materia, pero que es altamente controversial, como se indicó. Los abusos que se cometen contra los niños y adolescente en el país no justifican un detrimento de la razonable autoridad parental.

6. Consideramos que el Título II del Libro I denominado “Políticas Públicas”, no debería ser parte integral del proyecto. La intención de los redactores del proyecto no puede ser mejor, es cierto; pretenden que haya una política nacional sobre los niños y los adolescentes que trascienda los cambios gubernamentales, que hayan políticas locales al respecto y que todas éstas se coordinen entre sí, pero las políticas no son instrumentos jurídicos, sino de gobierno. Una política es un conjunto de ideas planteadas de un modo sistemático sobre las acciones que planea seguir un gobierno para la consecución de las finalidades que persigue, contiene los lineamientos que deben desarrollarse en planes y programas de trabajo y, en muchas instancias, motivar la emisión de nuevas leyes para la consecución de los mismos. Por lo general, son hechas constar en documentos escritos, denominados también “políticas”, a los que parece referirse el Título en comen-



El aparato administrativo que se crea para la aplicación de la ley es complejo y requiere de la participación de muchas personas y no funcionará sin un compromiso financiero significativo por parte del Estado.

to, pero éstos documentos no contienen normas, tal es el motivo por el que nunca se regulan en cuanto a su contenido y efectos⁵, y su obligatoriedad se limita a la de un orden de un superior jerárquico a sus inferiores para que encaminen su actuación al cumplimiento del mismo con base en las leyes.

Otro punto importante que debe resaltarse en este Título II es el Art. 101 del proyecto, el cual establece que las pautas emanadas por el CONNA serán obligatorias para la acción y coordinación de los integrantes del Sistema Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, es decir se le están otorgando potestades legislativas a este organismo. Debido que la potestad legislativa corresponde a la Asamblea Legislativa, consideramos que este artículo es inconstitucional tal y como está redactado, y atenta no sólo contra las facultades de la Asamblea misma, sino también contra la autonomía municipal y la de los particulares que se vean afectados por ellas.

7. Encontramos previsible dificultades en el funcionamiento del órgano rector del Sistema de Protección. El proyecto establece que el CONNA deberá ser integrado por cinco ministros, el Procurador General de la República o el presidente de una institución oficial autónoma y tres representantes de la sociedad civil. En el caso de los siete primeros, sólo puede sustituirlos su suplente (Art. 139), lo que manifiesta la intención de asegurar el

5 La única ley salvadoreña que contiene una regulación de las políticas, aparte de la indicación de quien debe emitirlas, es la “Ley del Medio Ambiente”, también hecha por consultores internacionales, pero en este caso se suprimieron todas las disposiciones relativas a su aprobación y obligatoriedad, indicando únicamente cuál debe ser su contenido.

más alto nivel de decisión. Experiencias pasadas, como la del Consejo Nacional del Medio Ambiente⁶, que no llegó a reunirse ni una sola vez, han demostrado que la conformación de organismos directivos integrados exclusivamente por Ministros de Estado y presidentes de instituciones oficiales autónomas no pueden funcionar, debido a la carga de trabajo excesiva de estos funcionarios y el hecho de que su principal interés el funcionamiento de los asuntos de las oficinas de las que son titulares. Es por lo anterior y con base a la realidad práctica que, si se quiere que un organismo funcione, debe encomendarse su dirección a representantes nombrados por los mismos titulares de las oficinas.

8. El aparato administrativo que se crea para la aplicación de la ley es complejo y requiere de la participación de muchas personas y no funcionará sin un compromiso financiero significativo por parte del Estado. Cabe recordar que en materia institucional, no sólo conserva a un reformado ISNA, sino que además, el cumplimiento de la ley requeriría la creación de múltiples oficinas públicas en el país, algunas de ellas con un aparato burocrático dependiente. De hecho, para que se cumpla a cabalidad la nueva ley, deben ser creadas 525 nuevas oficinas públicas, a nivel nacional y municipal. Estas deben contar con una dotación de recursos suficientes que, aunque no podemos calcular, a simple vista requeriría de una proporción significativa del presupuesto del Estado. La situación fiscal podría ser más complicada para las municipalidades que deberían crear cada una dos instituciones,

6. D.E. N° 73, 18 de diciembre de 1990, publicado en D.O. N° 8, Tomo 310, de 14 de enero de 1990. Fue sustituido en 1994 por la Secretaría Nacional del Medio Ambiente.



El aparato administrativo que se crea para la aplicación de la ley es complejo y requiere de la participación de muchas personas y no funcionará sin un compromiso financiero significativo por parte del Estado.

una con integrantes con cargos ad-honorem y otra con cargos pagados pero que necesitan de fondos y recursos para su funcionamiento⁷. Además, se imponen cargas financieras al Estado para satisfacer las necesidades económicas y materiales de los niños y adolescentes o sus familias y se prevé la cooperación de una extensa red de organizaciones privadas, cuya actuación podrá ser subsidiada por el Estado, en ocasiones, para que puedan cumplir con su función. No puede olvidarse la creación de la jurisdicción especializada que requerirá también de importantes recursos públicos. De tal suerte, para que este complejo sistema institucional funcione como está previsto hará falta un decisivo aporte financiero estatal que no sólo permita crear el Sistema sino también darle estabilidad y permanencia. Como se ha mencionado con anterioridad, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo Integral de la Niñez y Adolescencia se incorpora al Sistema de Protección pero como una entidad de atención pública. De tal manera, se separan y por tanto se aclaran las funciones primordiales del Sistema, al asignar la coordinación del mismo y la definición de políticas al Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia, dejando la ejecución de medidas, programas y servicios al ISNA y al resto de la Red de Atención Compartida, y finalmente atribuyendo la protección jurídica a las Juntas Municipales de Protección y a la jurisdicción especializada. La Convención de los Derechos del Niño, sin embargo, genera obli-

7. Quizá anticipándose a posibles objeciones, el Art. 167 de proyecto establece: “La falta de recursos económicos no podrá ser invocada para eximir a los municipios de su obligación de crear las Juntas Municipales de Protección de la Niñez y de la Adolescencia”.

gaciones que es necesario cumplir; a la situación que mencionamos habrá que llegarse alguna vez, pero es de tener en cuenta la disponibilidad material de recursos del Estado y la voluntad de éste de restar recursos a otras actividades, o aumentar la carga tributaria, para lograr todo lo que se pretende de inmediato con el proyecto de ley. La simplificación del aparato institucional podría comenzar con la supresión de CONNA; no entendemos por qué un mismo organismo, como el ISNA, no puede ser el determinador de políticas y el ejecutor de algunos de sus componentes, se aprovecha así, la institucionalidad existente.

9. El proyecto da por descontados los llamados “derechos sociales” de los menores; no hay consideración en la Exposición de Motivos sobre su naturaleza o pertinencia; la opinión, muy común en nuestro medio, de que no se trata de verdaderos derechos no tiene cabida, por tanto se reconocen y se ordena al Estado tomar medidas para su puesta en práctica, como servicios sociales, educativos, médicos, recreativos, etc. Además, por primera vez en nuestra legislación se establecen acciones judiciales expresamente para su protección (Arts. 280 a 283). Aunque tanto la Sala de lo Constitucional como la Sala de lo Contencioso Administrativo han admitido recursos en protección de los llamados derechos colectivos o difusos, esto ha sido criticado como una extensión abusiva de la competencia de los tribunales; después de todo, nuestro sistema legal, y judicial por consecuencia, es reglado y no jurisprudencial. Es realmente un progreso que las acciones judiciales a favor de dichos derechos queden contemplados en la ley escrita, pero esto debe hacerse después de una profunda y meditada discusión sobre su mérito.

Si bien el reconocimiento de las acciones judiciales a favor de derechos difusos sigue una tendencia internacional, su adopción debe implicar un conocimiento y aceptación, tanto por la comunidad jurídica como los sectores políticos de sus implicaciones...

Si bien el reconocimiento de las acciones judiciales a favor de derechos difusos sigue una tendencia internacional, su adopción debe implicar un conocimiento y aceptación, tanto por la comunidad jurídica como los sectores políticos de sus implicaciones; no se ha comprendido a cabalidad que conlleva autorizar el activismo judicial en una medida que no se ha admitido en nuestro país y facultar a funcionarios judiciales a decidir sobre las acciones, políticas y utilización del presupuesto del Estado y las municipalidades. La adopción de los artículos referidos sólo puede hacerse tras un serio debate.

10. A pesar de la buena técnica legislativa observada en la redacción del proyecto, no podemos dejar de observar algunas faltas a la misma, que siguen tendencias que también podemos ver en otras leyes recientes y que ameritarían una revisión del texto. Así, señalamos como un ejemplo el Art. 23 N° 5, que establece como obligación del Estado: “Implementar las disposiciones del Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna, y establecer los mecanismos de continuidad a las recomendaciones efectuadas en dicho Código”, no obstante estas disposiciones que aún no son ley de la República. Al respecto, y con el fin de no caer en una inconstitucionalidad, se recomienda la incorporación de las mismas en la ley interna, que por razón de la materia debería hacerse en una ley especial o en el Código de Salud.
11. Como expresamos antes, el Título VI del Libro II, concerniente a las sanciones administrativas (Arts. 216 a 223) nos parece que podría ser mejorado y contiene una serie de sanciones que no se adaptan a la infracción cometida, ni guarda armonía con el derecho vulnerado,

por lo que consideramos se debería revisar y armonizar con la finalidad de volver efectiva la norma.

12. El procedimiento administrativo sancionador regulado en el Título VII, “Procedimiento administrativo” del Título II (Arts. 224 a 235) tal como está descrito podría retrasar la efectiva protección de los derechos. Por ello consideramos que dicho procedimiento debería incorporar un mayor grado de oralidad con el fin de volverlo más breve, pues el establecimiento de plazos breves en el procedimiento escrito no es garantía suficiente de su eficacia.
13. Como se describe en la sección II de este estudio, consideramos que la regulación del Título IX, “Administración de justicia” (Arts. 241 a 296), fundamental para garantizar el efectivo funcionamiento del Sistema de Protección, debe armonizarse con la Ley Procesal de Familia y además con la Ley Orgánica Judicial. Adicionalmente, este título en particular contiene una serie de disposiciones, muchas escritas en un lenguaje forense no siempre armónico con la claridad del resto de la ley, que no parecen guardar completa coherencia entre sí y en algunos casos tampoco queda claro como se integran con el resto del Sistema de Protección⁸.

III. Conclusión y recomendaciones

El proyecto de “Ley de protección integral de la niñez y de la adolescencia”, como lo hemos dicho, tiene notables

8. Tomamos como ejemplo las disposiciones relativas a la denominada “acción de protección” cuyo ejercicio, alcance y consecuencias no nos parecen del todo definidas, pero que comprendemos puede ser una pieza fundamental en la efectiva protección de los derechos..

El proyecto es ideal para iniciar un debate nacional sobre los derechos y la protección de los niños y los adolescentes, pero previamente a su remisión a la Asamblea Legislativa debe sufrir las modificaciones necesarias que lo hagan viable.

virtudes en sí mismo y lo inspira un ideal visionario, pero también pueden hacerse serios cuestionamientos con respecto a su contenido, forma y el aparato institucional que prevé para su cumplimiento. No dudamos que el proyecto nos presenta un estado ideal de cosas, un deber ser ideal para la aplicación de la “Convención de los Derechos del Niño” en todos sus aspectos, pero sentimos que en algunos puntos el proyecto no se ajusta a la realidad fáctica nacional y sus posibilidades de cumplimiento son, por ello, limitadas. El proyecto es ideal para iniciar un debate nacional sobre los derechos y la protección de los niños y los adolescentes, pero previamente a su remisión a la Asamblea Legislativa debe sufrir las modificaciones necesarias que lo hagan viable.

En consecuencia de ello se recomienda:

1. Antes de someter el proyecto al conocimiento de la Asamblea Legislativa se debe asegurar la completa armonización de sus disposiciones con el resto del ordenamiento jurídico salvadoreño. El limitado alcance de este estudio no permite especificar más observaciones en este sentido que las que aparecen en las secciones anteriores, aunque no consideramos que sea un problema que vuelva inviable la ley pero si uno que debe atenderse.
2. Consideramos vital para el éxito de esta futura ley que la UTE complete el proceso de validación y consulta de la ley al que ya ha dado inicio, dando oportunidad a todos los interesados de expresar sus observaciones finales y ser tenidos en cuenta. Las observaciones que se hacen en este boletín, tanto positivas como negativas, pueden ser tomadas en cuenta en el debate. Las observaciones de todos los sectores además deberían ser públicas para conocer la respuesta que se dio a las mismas. Nos gustaría

también ver, al igual que se hizo en el proceso consultivo, la participación de niños y adolescentes para ser coherentes con el derecho que les otorga la Convención sobre los Derechos del Niño. Adicionalmente, una vez presentada a la Asamblea Legislativa, debería publicarse el proyecto de ley en la página web del Observatorio Legislativo⁹ de la Fundación Salvadoreña para el Desarrollo Económico y Social (FUSADES) para que dicho proyecto sea ampliamente discutido y se reciban insumos y sugerencias de la ciudadanía en general. Estas medidas coadyuvarían a la legitimidad del proyecto y el futuro apoyo de la nueva norma.

3. La ley debe complementarse con un plan nacional de capacitación, formación y difusión de la ley, pues su efectividad depende de cientos de operadores pero también de la credibilidad y conocimiento público.
4. Por el alcance de las obligaciones contenidas en la propuesta de ley recomendamos cuanto antes coordinar esfuerzos gubernamentales y de la sociedad civil para asegurar la viabilidad de su implementación. Cabe recordar que la sociedad civil juega un importante papel en la prestación de servicios para la niñez y adolescencia y que sus fragilidades en organización, formación o recursos pueden obstaculizar seriamente las posibilidades de éxito de la ley.
5. Tanto por la novedad de sus obligaciones como por su alcance, debe incorporarse plenamente a los gobiernos municipales en esta última fase consultiva.

9. www.observatoriolegislativo.org.sv

De llegar a aprobarse, recomendamos que su implementación sea gradual, en etapas claramente delimitadas.

6. Realizar un estudio de factibilidad presupuestaria del proyecto que sirva de insumo para determinar un monto estimado del compromiso financiero que deberá tomar el Estado en caso de aprobarse este proyecto de ley.
7. De llegar a aprobarse, recomendamos que su implementación sea gradual, en etapas claramente delimitadas. Un cuerpo legal de esta complejidad y significancia no puede ni debe implementarse todo a la vez porque podría crear efectos no deseados sobre los que presuntamente está protegiendo. El sistema que se está reemplazando, aun

con sus defectos, atiende a importantes sectores de la niñez y adolescencia y su sustitución inmediata y completa podría dejar a muchos niños y adolescentes sin la debida protección. Como se explica antes, la implementación de la ley requiere antes de un plan de formación y capacitación de los operadores, de un proceso de difusión nacional y de la garantía de los recursos adecuados, todo lo cual se podría resolver más fácilmente si su implementación es gradual. Sin embargo, la implementación progresiva debe fijar plazos razonables que no frustren su completa efectividad.



Fundación Salvadoreña
para el Desarrollo
Económico y Social

Departamento de Estudios Legales

Presidente

Juan Daniel Alemán

Directora

Claudia Beatriz Umaña

Analistas

Roberto Vidales Gregg

Javier Castro De León

Laura Rivera Marinero

Raúl Villamariona

Luciana Yarhi

Marjorie de Chávez

Carmina Castro

Sistema de Información Económico y Legal - SIEL -
correo electrónico: comercializacion@fusades.org.sv

www.fusades.org.sv

www.instituciones-fusades.org



Edificio FUSADES, Bulevar y Urbanización Santa Elena,
Antigua Cuscatlán, La Libertad, El Salvador
Tel.: (503) 2248-5600, 2278-3366.

