

UNIVERSIDAD EVANGÉLICA DE EL SALVADOR

ESCUELA DE POSGRADOS



TRABAJO DE GRADUACIÓN

“Consideraciones críticas acerca del fundamento jurídico número 2, apartados 2.26, 2.31 y 2.35, de la sentencia 75-antej-2019 a partir del principio del interés superior de la niña, niño y adolescente”

Trabajo de investigación para optar al título de Maestros en Derecho de Familia, presentado por:

José Daniel Serrano Salazar

Pedro Ronald García Navarro

Asesora de contenido: Doctora Karen Lissette Echeverría Guevara.

Asesora de metodología: Doctora Hazel Jazmín Bolaños Vásquez.

SAN SALVADOR, EL SALVADOR, C.A.

Contenido

Introducción	1
Capítulo I.....	2
1.1 Planteamiento del problema.....	2
1.1.1 Antecedentes históricos	3
1.1.2 Situación problemática	9
1.1.3 Formulación del problema.....	13
1.1.4 Justificación.....	13
1.2 Objetivos	14
1.2.1 Objetivo general	14
1.2.2 Objetivos específicos.....	14
Capítulo II	15
2.1 Marco teórico	15
2.1.1 Enfoque de derechos humanos	18
2.1.2 Enfoque de derechos de niñez y adolescencia.....	24
2.1.3 Enfoque de género.....	25
2.1.4 Principio de debida diligencia	27
2.1.5 Doctrina de protección integral	29
2.1.6 Interés superior de las niñas niños y adolescentes.....	30
2.1.7 El principio del interés superior del niño de conformidad con la observación general número 14 del Comité de los Derechos del Niño.....	32
2.1.8 Principio de igualdad y no discriminación.....	36
2.1.9 No revictimización	38
2.1.10 Rol de la víctima en el derecho de acceso a la justicia.....	38
2.1.11 Violencia sexual.....	41
2.2 Marco normativo	43
Capítulo III.....	46
3.1 Metodología de la investigación.....	46
3.2 Descripción preliminar	48
3.3 Presentación de los hallazgos	63

3.4 Conclusiones.....	64
3.5 Recomendaciones:	65
Referencias bibliográficas	66

Introducción

Todas las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que su interés superior sea una consideración primordial y sea tomado en cuenta por todas las personas operadoras administrativas y judiciales en todos los procedimientos-procesos en los que la niñez y adolescencia esté involucrada.

Respecto de las niñas, niños y adolescentes el Estado se encuentra en posición de garante, obligado a una protección reforzada a las víctimas menores de dieciocho años de edad. En el caso de El Salvador suscribió y ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém Do Para", que establecen los estándares que deben ser aplicados por cada uno de los Estados parte, para garantizar la protección de las víctimas, tomando en cuenta la situación de vulnerabilidad. Los estándares deben ser aplicados en todos los procesos administrativos y judiciales, especialmente al momento de fundamentar las resoluciones judiciales derivadas de procesos penales en los que han participado niñas, niños y adolescentes.

El trabajo de investigación que se presenta contiene el planteamiento del problema y marco teórico que sirve de base para el análisis del fundamento jurídico número 2, apartados 2.26, 2.31 y 2.35, de la sentencia 75-antej-2019, emitida a las catorce horas con treinta minutos del día cinco de noviembre de dos mil diecinueve, por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro de San Salvador.

Capítulo I

1.1 Planteamiento del problema

La Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los instrumentos de derechos humanos con mayor aceptación en el mundo. Ciertamente, constituye el compromiso jurídico relativo a la protección de la niñez y adolescencia con mayor difusión entre la comunidad internacional, casi todos los miembros de la Organización de las Naciones Unidas han ratificado o se han adherido a dicho tratado, a excepción de Estados Unidos.

El Salvador, como Estado parte de la Convención, debe cumplir *ope legis* con las obligaciones establecidas en este instrumento y, asimismo, hacer efectivos los principios, derechos y garantías contenidos en ella. Consecuentemente, la regularidad convencional resulta indispensable para evaluar la legalidad de las actuaciones del Estado.

En principio, las personas aplicadoras del Derecho, como jueces, juezas, magistradas y magistrados, deberían ser los funcionarios idóneos para garantizar por el cumplimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, identificando y corrigiendo las actividades estatales que la contravengan. De allí que resulta desconcertante cuando sus resoluciones parecen alejarse drásticamente de lo dispuesto por la Convención, sobre todo de sus principios rectores.

El cinco de noviembre de dos mil diecinueve se pronunció uno de los fallos más polémicos en la reciente historia de El Salvador. Se trata de la sentencia de Antejuicio número 75 de ese año. Uno de los aspectos más cuestionados de la sentencia fue la modificación de la calificación jurídica de los hechos controvertidos, pues se concluyó que, en vista de las

circunstancias del caso, el tocamiento de genitales de la presunta víctima, una niña de diez años, no constituía el delito de Agresión Sexual en Menor, sino la falta de Actos Contrarios a las Buenas Costumbres y el Decoro Público.

La sentencia generó una serie de reacciones desfavorables provenientes de diversos sectores de la población salvadoreña. El día ocho de noviembre de 2019, la Procuraduría General de la República, acompañada por organismos internacionales y de representantes de la sociedad civil, llevaron a cabo un pronunciamiento en el que aseguraron que los responsables de aplicar la ley debían hacerlo desde el *principio del interés superior de niñas, niños y adolescentes*¹.

La finalidad primordial de este trabajo es la de examinar el considerando 2, apartados 2.26, 2.31 y 2.35, de la sentencia 75-Antej-2019 con base en los estándares internacionales acerca del principio del interés superior de la niña, niño y adolescente. Desde una perspectiva académica, se verificará si la sentencia cumple con los estándares jurídicos establecidos por el *corpus iuris* especializado en materia de niñez y adolescencia víctima de violencia sexual.

1.1.1 Antecedentes históricos

Los conceptos jurídicos cambian a través del tiempo y las transformaciones sucesivas de la concepción de la niñez y adolescencia son muestra de ello. Por ejemplo, el reconocimiento

1 Beatriz Calderón y Machuca, Evelyn, “Responsables de aplicar la ley deben hacerlo desde interés superior de niños, claman instituciones”, *Dutriz Hermanos, S.A. de C.V.*, 8 de noviembre de 2019, a las 16:25 HS. Disponible en: <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Responsables-de-aplicar-ley-deben-hacerlo-desde-interes-superior-de-ninos-claman-instituciones-20191108-0518.html>

de las niñas, niños y adolescentes como personas sujetas de derecho surgió durante la edad contemporánea y se desmarcó rotundamente de la idea de niñez y adolescencia que existió en la antigüedad o el medievo².

Esa incompatibilidad entre pasado y presente proviene del manejo de visiones opuestas sobre niñez y adolescencia; visiones que son el reflejo de contextos determinados. Es importante recordar que el Derecho es un producto cultural³ y, como tal, se encuentra influenciado directamente por circunstancias históricas y sociales concretas; es posible que lo que alguna vez fue considerado lícito o legítimo, deje de serlo o sea remplazado por una figura o institución contraria⁴, o bien, que dentro de sociedades que son contemporáneas entre sí se maneje una idea diferente acerca de la licitud o legitimidad de una misma situación⁵.

-
- 2 J. Espinós *et al.* señalan que “la familia romana no se parecía mucho al modelo de familia de nuestro tiempo”, en alusión a la ceremonia *tollere*, mediante la cual un padre de familia podía abandonar lícitamente a su bebé, sin enfrentar responsabilidad alguna por ello. La criatura carecía de derechos exigibles ante su progenitor para la salvaguarda de su integridad física y emocional. *Vid.* J. Espinós *et al.*, *Así vivían los romanos*, (Madrid: Anaya, 1992), 9; por otra parte, William Kremer, periodista de la BBC, señala que durante la Edad Media los padres europeos de la región norte mandaban a sus hijos e hijas a vivir y trabajar en la casa de otras personas, sin que importara su disconformidad al respecto. *Vid.* William Kremer BBC, “Lo que Europa medieval hizo con sus adolescentes”, *BBC News Mundo*, 30 de marzo de 2014. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/03/140327_cultura_europa_medieval_adolescentes_finde_en.
Para Philippe Ariès, durante la alta edad media no existía un concepto de infancia como tal, carencia reflejada en el arte medieval anterior al siglo XII, en el que se desconocía a la infancia o no se intentaba representarla porque los artistas eran incapaces de pintar un niño salvo como hombre a menor escala. Philippe Ariès, “*Centuries of Childhood: a social history of family life*”, New York, 1962, Ed. New York Publishers, págs. 10-33 citado por Isaac Ravetllat Ballesté, “*Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*”, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2015, página 24.
- 3 Bolfy Cottom, “El Derecho: una visión desde la historia y la ciencia social”, *Academia Mexicana de Ciencias* 57, n.º2 (abril-junio 2006)1, accedido 7 de marzo de 2020.
https://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/57_2/elderecho_unavision.pdf
- 4 Como la esclavitud, la cual, aunque ya superada, llegó a formar parte de las instituciones jurídicas del denominado Derecho de Gentes durante la Antigüedad. Al respecto, *vid.* Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, (Buenos Aires: Heliasta, 1996) 395, así como Eugene Petit, *Tratado elemental de Derecho Romano*, traducido por José Fernández González, 23ª edición, (México: Editorial Porrúa, 2007) 8 y 76.
- 5 Como el castigo físico aplicado en niñas, niños y adolescentes, el cual continúa siendo lícito en algunas partes de los Estados Unidos incluso a finales de esta década; al respecto *vid.* Cristina Caron, “En Estados Unidos aún se permite el castigo corporal en las escuelas de varios estados”, *New York Times*, 21 de diciembre de 2018, <https://www.nytimes.com/es/2018/12/21/espanol/castigo-fisico-permitido.html>

El concepto jurídico de niñez y adolescencia ha variado profundamente a lo largo del tiempo y de las sociedades, evolucionando desde la evidente desprotección⁶, pasando por un período de situación irregular⁷, hasta llegar finalmente al reconocimiento de derechos humanos específico, universal y exigible, diferente al de las personas adultas. La Convención sobre los Derechos del Niño es la principal fuente de los derechos de las niñas, niños y adolescentes.

La adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño constituye uno de los hitos del siglo XX en materia de derechos humanos. El 20 de noviembre de 1989, luego de una década de negociaciones entre diversos sujetos de derecho internacional, el texto final de la Convención sobre los derechos del niño fue aprobado⁸. Esta aprobación coincidió con la fecha del día universal del niño, que es una celebración de la Organización de las Naciones Unidas para conmemorar la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959⁹

6 Sobre este punto, Mónica Peña, menciona que de acuerdo con Lloyd de Mause la relación del niño con el adulto a lo largo de la historia está marcada por el infanticidio, el abuso y la indiferencia. *Vid.* Mónica Peña, “¿Quién es el niño? Revisión y análisis de algunos conceptos teóricos relevantes para el acercamiento a la infancia que se educa en Chile”, *REXE - Revista de Estudios y Experiencias en Educación*, vol. 3, n.º 5 (2004) 75 y 76, accedido 7 de marzo de 2020 <http://www.rexe.cl/ojournal/index.php/rexe/article/view/240>; y, Lloyd de Mause, *La evolución de la infancia*, (New York: *The Psychohistory Press*, 1974) 1, accedido el 7 de marzo de 2020, <http://plataformapesquisas.acasatombada.com.br/omeka/files/original/a8d9483e0b48022eb08d0010c7402ae7.pdf>

7 Este período hace referencia al modelo tutelar que existía previamente a la implementación del paradigma de la protección integral. Se caracteriza por concebir a niñas, niños y adolescentes como “objetos de protección”, en lugar de personas sujetas de derechos y, aunque se trata de un producto histórico reciente, pues se enmarca dentro de la Edad Contemporánea (a finales del siglo diecinueve y principios del veinte), arrastra un sesgo de violencia contra la niñez y adolescencia, pues implicaba la intervención directa del Estado sobre la vida de ellos y ellas, sin tener consideración de sus derechos. Al respecto, *vid.* Alejandro Osorio, “El Estado en situación irregular respecto de niñas, niños y adolescentes. *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, vol. 1, n.º 1 (2011) 13, accedido el 8 de marzo de 2020, disponible en: <https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/viewFile/2991/2910>

8 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Convención sobre los Derechos del Niño”, *unicef.es*, accedido 7 de marzo de 2020, <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos>

9 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Día Universal del Niño”, *unicef.es*, accedido 7 de marzo de 2020, <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/dia-internacional-nino>

(también conocida como “Declaración de los Derechos del Niño de 1959”).

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 es otro instrumento de derechos humanos sobre niñez y adolescencia, pero, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, “no forma parte del derecho internacional vinculante”¹⁰. Sin perjuicio de lo anterior, la Convención sobre los Derechos del Niño retomó importantes conceptos de la Declaración de 1959, como el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente.

Desde una perspectiva historiográfica estricta, los antecedentes históricos de la Convención sobre los Derechos del Niño se remontan al comienzo de la última década del siglo XX. De conformidad con la información oficial del portal de Naciones Unidas¹¹, existen once sucesos que anteceden la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño:

1. 1929: la Sociedad de Naciones aprueba la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño.
2. 1946: Naciones Unidas crea el Fondo Internacional de Emergencia para la Niñez (UNICEF)
3. 1948: Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos que incluye una disposición relacionada con niñez y maternidad (artículo 25, párrafo 2).
4. 1959: Naciones Unidas aprueba la Declaración de los Derechos del Niño.

10 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Explicación sobre los derechos del niño y los derechos humanos”, *United Nations Children's Fund*, accedido el 7 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/explicacion-derechos-humanos>

11 Organización de las Naciones Unidas, “Historia de los derechos del niño”, *Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia*, accedido 7 de marzo de 2020, <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/historia>

5. 1966: se adoptaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que, así mismo, incluyen disposiciones expresas en materia de niñez (artículo 24, en el caso del Pacto de Derechos Civiles y artículos 10 y 12, en el Pacto de Derechos Económicos).
6. 1968: se lleva a cabo la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Conferencia de Teherán) en la que se desarrolló un programa de trabajo para la promoción y defensa de los derechos humanos, haciendo una mención específica del tema de protección de la niñez.
7. 1973: la Organización Internacional del Trabajo aprueba la Convención 138, la cual establece 18 años como la edad mínima para desempeñar trabajos de riesgo.
8. 1974: se proclama la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado.
9. 1978: Polonia presenta un anteproyecto de la Convención sobre los Derechos del niño.
10. 1979: la Asamblea General de Naciones Unidas designa el año en curso como Año Internacional del niño como conmemoración del vigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del niño de 1959.
11. 1985: adopción de las Reglas de Beijing por parte de Naciones Unidas.

Finalmente, después de su adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de su resolución 44/25, la Convención sobre los Derechos del Niño entró en vigor el 2 de septiembre de 1990¹².

12 Gonzalo Aguilar, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Estudios Constitucionales*, vol. 6, n.º 1 (2008) 227, accedido el 7 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>

El surgimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño guarda relación con la llegada y posterior desarrollo de la Doctrina de Protección Integral debido a que la Convención estableció “los principios generales y particulares de protección integral a los niños y niñas”¹³, es decir, que sentó las premisas correspondientes a la Doctrina de Protección Integral¹⁴. Por otra parte, el interés superior de la niña, niño y adolescente constituye un principio básico para ambas: Convención sobre los Derechos del Niño y Doctrina de Protección Integral¹⁵.

El interés superior existía con anterioridad a la Convención sobre los Derechos del Niño y esta lo retomó como uno de sus principios fundamentales. La Convención no incorporó ninguna definición legal acerca del principio, por lo que fue necesario dotarlo de contenido. La doctrina especializada y las observaciones generales del Comité sobre los Derechos del Niño constituyeron (y continúan siendo) medios idóneos para ese cometido. El 29 de mayo de 2013, el Comité de los Derechos del Niño publicó la observación general número catorce, que establece de manera clara el alcance y las implicaciones del principio del interés superior¹⁶

13 Yuri Buáiz, *Ley de Protección Integral de la niñez y la adolescencia de El Salvador Comentada. Libro Primero*, Primera reimpresión (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2013), 50

14 Sin embargo, de acuerdo con Alejandro Osorio, la Doctrina de Protección surgió con anterioridad a la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño; en cambio, la sustitución del paradigma del modelo tutelar, que corresponde al período de situación irregular mencionado previamente, y el establecimiento a nivel internacional del modelo de protección integral sí son producto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al respecto, *vid.* Alejandro Osorio, *op. cit.* 16.

15 La denominación de “principio básico” aplica para ambos: a) principios que destacan en materia de doctrina de protección integral, que según Yuri Buáiz son cuatro; y b) como sinónimo válido de “principio rector” o “principios fundamentales” de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues inclusive la UNESCO ha utilizado la denominación de “principios básicos” para referirse a los principios rectores de la Convención. Al respecto *vid.* Yuri Buáiz, “La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones” en *Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños*, reeditado por Edda Quirós, (Dirección de Servicios de Salud del Ministerio de Salud de Costa Rica) 4, accedido el 7 de marzo de 2020, disponible en: https://www.ministeriodesalud.go.cr/gestores_en_salud/derechos%20humanos/infancia/dereninezunicef.pdf; y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Un enfoque de la educación para todos en los derechos humanos: marco para hacer realidad el derecho de los niños a la educación y los derechos en la educación* (Nueva York: UNICEF, 2008) 16

16 ONU: Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su*

respecto de la actividad estatal.

1.1.2 Situación problemática

Uno de los rasgos más importantes de la Convención sobre los Derechos del Niño es su carácter vinculante. Esto significa que la Convención se encuentra en vigor respecto de sus Estados Partes y, en consecuencia, deben acatar obligatoriamente su contenido. El interés superior del niño, niña y adolescente no solo forma parte de diversas disposiciones a lo largo de la Convención, sino que también se erige como uno de sus cuatro principios rectores. Sin embargo, como ya fue mencionado, no existe ninguna definición legal de interés superior dentro de la Convención de la cual partir para establecer el alcance de las obligaciones que se derivan de dicho principio.

Cillero Bruñol menciona que “se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones”¹⁷, sin embargo, delimitar el concepto del interés superior no depende de la discrecionalidad de quien imparte justicia, legislador o cualquier otra institución o persona encargada de asumir decisiones que afecten los derechos de niñas, niños y adolescentes. Caso contrario, los Estados Partes se encontrarían en una situación privilegiada respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas en la Convención. Además, dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos existen sentencias que desapruaban la interpretación unilateral del principio del interés superior por parte de los

interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), accedido el 8 de marzo de 2020, <https://www.refworld.org/es/docid/51ef9aa14.html>

17 Miguel Cillero, *El interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño*, accedido 7 de marzo de 2020, disponible en:

http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/el_interes_superior.pdf

Estados obligados¹⁸.

Con relación a lo anterior, el objetivo principal de la observación general número catorce del Comité de los Derechos del Niño es el de “garantizar que los Estados partes en la Convención den efecto al interés superior del niño y lo respeten”¹⁹ y, para ello, la observación “marca las pautas para entenderlo en profundidad”²⁰.

Actualmente, El Salvador es un Estado parte de la Convención de los Derechos del Niño ya que fue ratificada el 10 de julio de 1990 y entró en vigencia el 2 de septiembre del mismo año²¹. De allí que, con base en el artículo 144 de la Constitución de la República, el principio del interés superior de la niña, niño y adolescente forma parte de los preceptos vigentes del ordenamiento nacional. Por otra parte, dicho principio también aparece dentro de la Ley Procesal de Familia, la Ley Especial de Adopciones y, de forma reiterada, dentro la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia. Dentro de esta última aparece una definición legal que atañe a diferentes ámbitos del quehacer del Estado salvadoreño, puntualizando las implicaciones del principio en dicho contexto. Así mismo, la Política Nacional de Protección Integral de Niñez y Adolescencia desarrolla de forma amplia el principio del interés superior y

18 *Vid*, por ejemplo, la sentencia del caso Atala Riffo y niñas versus Chile, de fecha 24 de febrero de 2012, párrafos 108 y siguientes.

19 ONU: Comité de los Derechos del Niño (CRC), *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial* (artículo 3, párrafo 1), 29 Mayo 2013, CRC /C/GC/14, accedido el 10 de marzo de 2020, disponible en:

<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G1344192.pdf>

20 Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*, bienestaryproteccioninfantil.es, accedido el 10 de marzo de 2020, disponible en:

<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=1&subs=477&cod=3082&page=>

21 Sistema de Información sobre la primera infancia en América Latina “El Salvador | SIPI”, SIPI, accedido el 15 de febrero de 2020, disponible en: <http://www.sipi.siteal.iipe.unesco.org/pais/438/el-salvador>

también lo integra transversalmente dentro de las políticas públicas de protección a personas menores de dieciocho años de edad.

Sin perjuicio de los diversos avances en la materia, todavía se pronuncian resoluciones judiciales cuestionables desde el punto de vista de la doctrina de protección integral de la niñez y la adolescencia²². La sentencia de antejuicio 75 del año 2019 constituye un ejemplo de esto.

Para inicios del año 2019, el magistrado de la Cámara de lo Civil, Jaime Eduardo Escalante Díaz, es capturado en la Colonia Altavista de Soyapango, acusado por la comisión de agresiones sexuales en perjuicio de una niña de diez años²³. Luego que la comisión legislativa de antejuicio decidiera quitar el fuero al magistrado Escalante²⁴, el caso pasó al conocimiento de la Cámara de lo Penal de la Primera Sección del Centro, por el delito de agresión sexual en menor o incapaz agravada²⁵. Finalmente, el jueves 31 de octubre de 2019, la Cámara resolvió en audiencia preliminar que la calificación del hecho atribuido al Magistrado era incorrecta,

22 Aún y cuando la sentencia 75-Antej-2019 representa un escandaloso ejemplo de resoluciones judiciales criticables desde la perspectiva de la doctrina especializada en niñez y adolescencia, no es el único. Existen otros pronunciamientos que han sido examinados y cuestionados por estudiosos nacionales por el fundamento del fallo, en vista de contravenir las premisas y planteamientos de la doctrina; *vid.* Dionisio Sosa, “El derecho a la autodeterminación reproductiva en El Salvador y el impacto en la política pública (a partir de la interpretación realizada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de Amparo 749 – 2014)”, *Revista digital SOLONIK Políticas Públicas*, Ediciones Fundación Henry Dunant América Latina, n.º 3 (2018) 31 – 44, accedido 7 de marzo de 2020, disponible en:

https://issuu.com/fundacionhenrydunant/docs/revista_solonik_n_3_julio_2018

23 Enrique Carranza, “Fiscalía solicita antejuicio contra magistrado acusado por el delito de agresión sexual en menor”, *elsalvador.com*, accedido el 19 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.elsalvador.com/noticias/nacional/fiscalia-solicitar-hoy-antejuicio-contra-magistrado-acusado-por-el-delito-de-agresion-sexual-en-menor/570270/2019/>

24 Beatriz Calderón, “Comisión Antejuicio acuerda quitar fuero a magistrado Escalante acusado de agresión sexual a niña”, *La Prensa Gráfica*, accedido el 19 de marzo de 2020, disponible en: <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Comision-Antejuicio-acuerda-quitar-fuero-a-magistrado-Escalante-acusado-de-agresion-sexual-a-nina-20190301-0324.html>

25 Redacción web de Diario El Mundo, “FGR acusa a magistrado Jaime Escalante de agresión sexual y pide prisión”, *Diario El Mundo*, accedido el 20 de marzo de 2020, disponible en: <https://elmundo.sv/fgr-acusa-a-magistrado-jaime-escalante-de-agresion-sexual-y-pide-prision/>

pues no se trataba del delito sino de una falta²⁶. Cabe recordar que, para este momento, la Cámara de lo Penal de la Primera Sección del Centro, no solo compartía la obligación del resto de servidores públicos acerca de cumplir con las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño, sino también, la de aplicar el principio de interés superior como norma procesal, tomándolo en consideración en la fundamentación de su fallo por la clase de intereses en discusión.

El fallo de la Cámara resultó alarmante dentro de la coyuntura específica del año 2019, en el cual se reportaron durante la primera mitad del año 3,138 hechos de violencia sexual, en los que 810 eran víctimas entre los 10 a 14 años de edad²⁷. Por otra parte, existe la posibilidad de sentar un mal precedente acerca de la interpretación de tipos penales establecidos para la protección de la integridad y autonomía sexual de la niñez, justo como ha sido calificado por el Ministerio Público así como juristas que opinaron al respecto²⁸.

26 Beatriz Calderón y Hernández, Francisco, “Tocamientos contra niña atribuidos a magistrado Escalante no son delito, resuelve Cámara”, La Prensa Gráfica, accedido el 20 de marzo de 2019 <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Tocamientos-contr-nina-atribuidos-a-magistrado-Escalante-no-son-delito-resuelve-Camara-20191031-0416.html>

27 Sistema Nacional de datos, estadística e información de violencia contra las mujeres, *Informe semestral. Hechos de violencia contra las Mujeres en El Salvador, Enero – junio 2019* (San Salvador: Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, 2019) 10

28 Al respecto, las declaraciones de Marina de Ortega, Directora de la Unidad de la Mujer, Niñez, Población LGTBI y Grupos en Condición de Vulnerabilidad de la Fiscalía General de la República sobre la resolución; al respecto, *vid.* Francisco Hernández, “Fiscalía apela y pide a Sala que ordene juicio contra Magistrado Escalante”, La Prensa Gráfica, accedido el 20 de marzo de 2019, <https://www.laprensagrafica.com/elsalvador/Fiscalia-apela-y-pide-a-Sala-que-ordene-juicio-contr-magistrado-Escalante-20191111-0496.html>; compartiendo la opinión de la directora, los abogados, José Miguel Arévalo, presidente del Centro de Estudios Jurídicos, y Alba Evelyn Cortez, presidenta de la Unión de Mujeres Abogadas Salvadoreña.

1.1.3 Formulación del problema

¿Los fundamentos jurídicos de la Sentencia 75-Antej-2019 utilizados por la Cámara Primero de lo Penal de San Salvador, de la primera sección del Centro se ajustan con los estándares jurídicos internacionales relativos al principio de interés superior de la niña, niño y adolescente?

1.1.4 Justificación

Analizar la legalidad de las actuaciones estatales es una obligación permanente para los estudiosos de la Jurisprudencia, sobre todo cuando dichas actuaciones se encuentran sujetas a compromisos internacionalmente adquiridos. De allí que resulte necesario examinar el grado de conformidad a Derecho de la sentencia 75-Antej-2019 respecto a la manera en que el principio del interés superior fue interpretado y aplicado en dicha resolución.

Con la firma y ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio de legalidad que rige sobre todos los funcionarios y autoridades salvadoreñas desarrolló una nueva extensión, pues los servidores públicos deben integrar las obligaciones y derechos de la Convención dentro del ejercicio de sus funciones. Esto puede resultar complicado (y hasta pasar inadvertido) para aquellos funcionarios o autoridades que no posean instrucción académica en Derecho; sin embargo, es necesario prestar mucha atención cuando se trata de las personas operadoras judiciales debidamente formadas y acreditadas en Derecho, pero que terminan realizando actuaciones o pronunciamientos con una marcada probabilidad de incumplir las disposiciones y principios de la Convención. Al margen de los recursos disponibles para

controvertir decisiones judiciales o administrativas, es importante examinar la sentencia judicial antes mencionadas desde la perspectiva de la investigación científica, con el propósito de identificar, prevenir y corregir prácticas, interpretaciones y posturas que, aunque formalmente válidas, terminan contraviniendo la dogmática de derechos humanos de niñez y adolescencia.

Por todo lo anterior, se realiza la presente evaluación académica del fundamento jurídico número 2, apartados 2.26, 2.31 y 2.35 de la sentencia 75-Antej-2019, contrastando estos frente al principio del interés superior de la niña, niño y adolescente para verificar la conformidad entre ambos.

1.2 Objetivos

1.2.1 Objetivo general

- Valorar el grado de conformidad entre el fundamento jurídico número 2, apartados 2.26, 2.31 y 2.35, de la Sentencia 75-Antej-2019 utilizado por la Cámara Primero de lo Penal de San Salvador, de la Primera Sección del Centro y estándares jurídicos internacionales relativos al principio de interés superior de la niña, niño y adolescente.

1.2.2 Objetivos específicos

- Verificar la aplicación del concepto de interés superior de la niña, niño y adolescente de conformidad con los lineamientos del Comité de los Derechos del Niño.
- Identificar las argumentaciones utilizadas por la Cámara dentro del fundamento jurídico número 2, apartados 2.26, 2.31 y 2.35, de la sentencia 75-Antej-2019.

- Cotejar el fundamento jurídico número 2, apartados 2.26, 2.31 y 2.35, de la sentencia 75-Antej-2019 con los estándares jurídicos internacionales relativos al principio de interés superior de la niña, niño y adolescente.

Capítulo II

2.1 Marco teórico

El concepto del principio de interés superior de la niña, niño y adolescente, conforme a la concepción del Comité de los Derechos del Niño, proviene directamente de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, existen dos instrumentos internacionales que lo incorporaron con anterioridad a la Convención: a) la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y b) la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²⁹. Sin perjuicio de lo anterior, el principio del interés superior proveniente de la mencionada Declaración constituye el antecedente histórico directo de dicho principio incorporado, posteriormente, en la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo anterior, es necesario partir del estudio general de la Declaración de Derechos del Niño de 1959 y, de manera particular, de la concepción de interés superior a la luz de dicha declaración.

La Declaración de los Derechos del Niño es un instrumento de derechos humanos aprobado de forma unánime por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas

²⁹ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño*, p. 259, accedido el 20 de marzo de dos mil veinte, disponible en: <https://www.unicef.org/UNICEFObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>

el 20 de noviembre de 1959³⁰. Consta de diez principios y es el primer instrumento de derechos humanos que establece un catálogo de derechos propio para la niñez y la adolescencia. La elaboración de la Declaración de los Derechos del Niño es obra de la Unión Internacional de Protección de la Infancia³¹, la cual asumió la tarea de elaborar un documento que contemplara las aportaciones preexistentes así como la renovación del contenido sobre derechos de niñas, niños y adolescentes³². Es oportuno mencionar que, sin perjuicio de lo expuesto con anterioridad, este instrumento no es la primera declaración *ad hoc* para la niñez, pues anteriormente existía la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño.

La Declaración de Ginebra sobre Derechos del Niño, conocida también como Declaración de Ginebra de 1929, constituye “la primera conceptualización formal de los derechos de la infancia³³” a nivel internacional. El contenido de esta declaración fue redactado por Eglantyne Jebb, la fundadora de *Save the Children Fund*. Esta declaración fue presentada ante la Sociedad de Naciones³⁴ que la adoptó por unanimidad el 26 de septiembre de 1924.³⁵

Existe una semejanza interesante entre la Declaración de Ginebra de 1929 y la

30 Organización de las Naciones Unidas, *Resoluciones aprobadas sobre la base de la tercera comisión*, accedido el 20 de marzo de dos mil veinte, <https://undocs.org/es/A/RES/1386%28XIV%29>

31 Se trata de una extinta alianza entre *Unión Internacional Save the Children* e *International Association for Child Welfare*; *vid. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Estado Mundial de la Infancia, edición especial. Commemoración de los veinte años de la convención sobre los Derechos del Niño* (New York: Brodock Press, 2009) p. 4

32 Ídem p. 5

33 Ídem, p. 4

34 Precedente histórico de la Organización de las Naciones Unidas. Existió desde 1919 y terminó en 1954; *vid. Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 23ª Ed. (Buenos Aires: Heliasta, 1996) p. 933

35 April Bofill y Cots, Jordi, *La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la Infancia*.(Barcelona: Comissió de la Infància de Justicia i Pau, 1999) p. 13, accedido el 20 de marzo de dos mil veinte, disponible en:

https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf

Declaración de los Derechos del Niño de 1959 pues ambos instrumentos versan sobre niñez, pero ninguno establece en qué consiste el *status* de niñez; además, las dos forman parte de la misma categoría de tratados de derechos humanos, esto es, declaraciones³⁶; ambas hacen hincapié en la asistencia social hacia la niñez y adolescencia, en lugar de potenciar la protección y autonomía de esta³⁷. Sin embargo, el contenido de la Declaración de 1959 es cuantitativa y cualitativamente distinto al de la Declaración de Ginebra. En primer lugar, la Declaración de Ginebra incluye cinco principios, mientras que la Declaración de 1959, diez. Dentro de los principios de la Declaración de Ginebra no figura el de interés superior del niño, mientras que en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 aparece explícitamente. Finalmente, las respectivas coyunturas de cada instrumento son diferentes. A pesar de que ambas declaraciones surgieron durante períodos de posguerra y tensión internacional³⁸, el contenido de la Declaración de Ginebra hace mayor énfasis en aspectos relacionados a la supervivencia de la niña, niño y adolescente, mientras que, en el caso de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, su contenido está influenciado por la corriente de derechos sociales.

Dentro del marco de la Declaración de los Derechos del niño de 1959, el principio del interés superior del niño figura como una obligación específicamente dirigida hacia el ámbito legislativo y relacionada con dos elementos principales: primero, brindar a la niñez una

36 Es decir, instrumentos internacionales que no necesariamente jurídicamente vinculantes. Como lo indica Naciones Unidas, el término “declaración” se utiliza para indicar que “las partes no desean establecer obligaciones vinculantes sino simplemente dan a conocer determinadas aspiraciones”; al respecto, *vid.* Organización de las Naciones Unidas, *Declaraciones y Convenciones que figuran en las resoluciones de manera general*, <https://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html>, accedido el 20 de marzo de dos mil veinte.

37 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Estado Mundial de la Infancia... op. cit.* p. 5

38 Por una parte, la Declaración de Ginebra se aprueba cerca de una década después del fin oficial de la Primera Guerra Mundial. Poco después, el 28 de junio de 1919 se firmó el célebre Tratado de Versalles, el terminó siendo ineficaz para el mantenimiento de la paz en Europa. Al respecto, *vid.* Manuel Ossorio, *op. cit.* p. 992

protección especial y, segundo, la posibilidad del niño para acceder a oportunidades y servicios. De acuerdo con el texto de la Declaración, tanto la protección como el acceso a las oportunidades y servicios deben ser otorgados por ley con la finalidad de que el niño alcance un desarrollo integral.

2.1.1 Enfoque de derechos humanos

El concepto de derechos humanos cuenta con diversas definiciones, las cuales varían de conformidad con el respectivo enfoque de la doctrina y corriente del pensamiento que se aplique, por ejemplo, “el positivismo afirma que solo es derecho aquello que está escrito en un ordenamiento jurídico”³⁹, mientras que para el iusnaturalismo, el origen de los derechos se encuentra en la propia naturaleza humana, que antecede a cualquier a la ley escrita y que se encuentra en un plano de superioridad respecto de esta⁴⁰.

Al margen de parecer una cuestión irrelevante, fijar un concepto de derechos humanos resulta importante para realizar cualquier investigación o análisis sobre la legalidad de las actuaciones estatales relacionadas con la niñez y adolescencia, pues de la definición premisa se desprende el resto del estudio; en este orden de ideas, si se considera que los derechos humanos se originan estrictamente de la legislación vigente, no sería posible exigir nada más allá de lo establecido dentro de un ordenamiento; por el contrario, adoptar una postura en la que los derechos humanos provengan de un concepto demasiado extenso como la propia naturaleza

39 Amnistía Internacional, “Historia de los derechos humanos, iusnaturalismo y positivismo”, *Amnistía Internacional, Catalunya*, accedido el 20 de marzo de 2020, disponible en:

<http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-intro3.html>

40 Ídem

humana, sin ninguna clase de asidero o marco de referencia, acabaría por generar incertidumbre acerca del contenido de los derechos y así como el alcance de las obligaciones que se derivan de ellos.

De acuerdo con Amnistía Internacional —en cierta sintonía con la visión iusnaturalista— “los derechos humanos son derechos y libertades fundamentales que tenemos todas las personas por el mero hecho de existir”⁴¹. Asimismo, Amnistía Internacional menciona la obligación a cargo de los Estados y gobiernos de dar miramiento a esos derechos y garantías fundamentales⁴², pues “respetarlos permite crear condiciones indispensables para que los seres humanos vivamos dignamente en un entorno de libertad, justicia y paz”⁴³ y, consecuentemente, “nadie, ni el más poderoso de lo Gobiernos tiene autoridad para negarnos (los derechos humanos de cada uno)”⁴⁴. Con relación a esto último, esta concepción de derechos humanos refleja la visión clásica de derechos humanos como límite a la arbitrariedad del poder público⁴⁵.

No lejos de la postura precedente, la Organización de Naciones Unidas, mediante su Manual para parlamentarios número 26, define los derechos como “derechos que tiene toda persona en virtud de su dignidad humana”, coincidiendo en el aspecto de freno al poder, pero agregando la obligación a cargo de los Estados de “adoptar medidas positivas que garanticen condiciones en las que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos”⁴⁶. De igual

41 Amnistía Internacional, “¿Qué son los derechos humanos?”, *es.amnesty.org*, accedido el 20 de marzo de 2020, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/derechos-humanos/>

42 Ídem

43 Ídem

44 Ídem

45 Francisco Galindo *et al.*, *Manual de Derechos Constitucional, Tomo 2, 2da. ed.* (San Salvador: Centro de Información Jurídica, 1996), 694

46 Unión Interparlamentaria *et* Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Derechos humanos, manual para parlamentarios número 26* (Unión Interparlamentaria, 2016), PDF, 22, accedido el 20 de abril de

forma, los derechos humanos producen tres deberes principales para los Estados: a) la obligación de respetar, b) la obligación de proteger y c) la obligación de cumplir⁴⁷.

La obligación de respetar constituye básicamente un deber de abstención, es decir, que los Estados “no deben interferir en el disfrute de los derechos por parte de los individuos como de los grupos”; esto implica que los Estados deben inhibirse de llevar a cabo actuaciones capaces de menoscabar el disfrute de los derechos humanos⁴⁸. Por su parte, la obligación de proteger implica que los Estados deben proteger “a los individuos contra abusos de agentes no estatales, agentes estatales extranjeros o agentes estatales que actúen al margen de las funciones públicas”⁴⁹. Esta obligación implica, a su vez, la promulgación de leyes protectoras de derechos humanos, la adopción de medidas protectoras en caso de conocimiento de amenazas y violaciones a derechos humanos, y la garantía de acceso a recursos jurídicos imparciales⁵⁰. Finalmente, la obligación de cumplir significa que “los Estados deben adoptar medidas positivas para garantizar que los derechos humanos puedan ser ejercidos”⁵¹. Esta obligación es relativa, en el sentido que varía según las respectivas circunstancias de un Estado, por ejemplo, los recursos de los que disponga; empero, de acuerdo con Walter Kalin y Jorg Kunzli, de los que se trata es de generar condiciones adecuadas o idóneas para el goce y ejercicio de los derechos humanos⁵².

2020, https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf

47 Ídem, 34 y 35

48 Ídem, 34

49 Ídem

50 Ídem

51 Ídem

52 Walter Kalin y Jorg Kunzli, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 112

Por otro lado, los Estados también tienen el deber de prevenir violaciones a los derechos humanos, este deber abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la protección de los derechos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales⁵³.

El contenido de los instrumentos de derechos humanos, entendido como obligaciones vinculantes a cargo de los Estados, requieren de herramientas y estándares que posibiliten el efectivo cumplimiento de dichos compromisos. Tal como lo mencionan Laura Pautassi y Laura Royo, la incorporación de instrumentos de derechos humanos representa para los Estados la asunción de diversas obligaciones que se deben cumplir mediante la implementación de políticas públicas⁵⁴. Lo anterior implica, según las mismas autoras, que los Estados “han asumido la incorporación de un enfoque de derechos humanos”⁵⁵ que se debe tomar en cuenta a la hora de diseñar e implementar política públicas. Para este fin, se dispone del enfoque basado en los derechos humanos. Este último se trata de un marco conceptual para:

“el proceso de desarrollo humano que, desde el punto de vista normativo,

53 *Vid.*, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, de fecha 29 de julio de 1988, párrafo 175. También, la sentencia del Caso González y otras (Campo Algodonero) versus México, de fecha 16 de noviembre de 2009, que establece que el deber de prevención tiene tres componentes que deben concurrir: 1) el “conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato”; 2) “un individuo o grupo de individuos determinado”, y 3) “posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”, (apartado del voto concurrente del Juez Diego García).

54 Laura Pautassi y Laura Royo, *Enfoque de derechos en las políticas de infancia: indicadores para su medición* (Santiago de Chile: Editorial de Naciones Unidas,) PDF, 7, accedido el 20 de abril de 2020, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4044/1/S1201027_es.pdf

55 Ídem, 5

está basado en las normas internacionales de derechos humanos y, desde el punto de vista operacional, está orientado a la promoción y la protección de los derechos humanos.”⁵⁶

La actividad estatal basada en un enfoque de derechos humanos se caracteriza por la elaboración de políticas y planes desarrollados de conformidad con un sistema de derechos y obligaciones establecidos por el Derecho internacional. Esto implica primero, el objetivo principal de llevar a cabo políticas y planes debe ser la realización de los derechos humanos; segundo, se deben identificar titulares de derechos y sujetos obligados, fortaleciendo “la capacidad de los titulares de derechos para reivindicar éstos y de los titulares de deberes para cumplir sus obligaciones”⁵⁷; y, tercero, insta a los Estados a adoptar, como marco referencial de su actuación, los principios y las normas que reconocen los derechos fundamentales plasmados tanto en instrumentos internacionales, como en las constituciones y normas nacionales.⁵⁸

Con base en todo lo anterior, cuando se utiliza un enfoque de derechos humanos las normas y principios provenientes de los instrumentos internacionales funcionan como guías dentro de cada una de las fases del desarrollo de programas. Al respecto, el Banco Interamericano de Desarrollo toma en cuenta las normas de derechos humanos en lo concerniente a los siguientes aspectos para la elaboración de programas referidos al sector

56 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo*, (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006), PDF, 16

57 Ídem, 16 y 17

58 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*. (OEA, 2018), página 20, párrafos 42-44.

justicia⁵⁹: a) “punto de acceso en cuestiones controvertidas como la independencia judicial”⁶⁰, b) como justificación y marco normativo para proyectos de justicia civil relativos a pueblos indígenas, c) contenido de proyectos de la justicia penal, d) establecimiento de indicadores para la evaluación del proyecto; y e) “ayudando al BID a determinar las condiciones en las que debe retirar el apoyo a los programas sensibles”⁶¹.

Finalmente, no solo las normas de derechos humanos constituyen una guía para el diseño e implementación de políticas y programas, sino también los principios de los instrumentos de derechos humanos⁶². De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, tres principios destacan en lo concerniente al diseño de programas⁶³:

- El principio de igualdad y no discriminación, que comprende: a) la promoción de la igualdad sustantiva y b) la incorporación de los sectores marginados, otorgando a esta prioridad.
- Principio de rendición de cuentas, que comprende, asimismo, a) la identificación de obstáculos para el cumplimiento de las obligaciones a cargo de los Estados que provienen de los respectivos instrumentos de derechos humanos y fortalecimiento de las capacidades de los titulares de derechos para su exigencia.⁶⁴
- Principio de participación, que se traduce como la supervisión, el control que los

59 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Preguntas frecuentes sobre...*, 23

60 Ídem

61 Ídem

62 Ídem

63 Ídem

64 Para la CIDH, los mecanismos de rendición de cuentas evitan posibles abusos vinculados con la forma en que las instituciones cumplen con sus obligaciones. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre pobreza y derechos humanos en la Américas. (OEA, 2017), párrafos 489-491, páginas 167 y 168.

interesados directos tengan sobre el diseño de los programas.⁶⁵

2.1.2 Enfoque de derechos de niñez y adolescencia

De acuerdo con *Kindernothilfe*, el enfoque de derechos de la niñez consiste en la aplicación del enfoque de derechos humanos orientado particularmente hacia la realización de los derechos de niñez y adolescencia⁶⁶.

El Comité de los Derechos del Niño,⁶⁷ ha sostenido la obligación que tienen los Estados partes de respetar la dignidad, la vida, la supervivencia, el bienestar, la salud, el desarrollo, la participación y la no discriminación del niño, niña y adolescente, como persona titular de derechos, lo cual debe reconocerse como objetivo primordial en la protección de la niñez y adolescencia. Por ello, señala que se deben erradicar los enfoques de la protección de niñez y adolescencia que los perciben y tratan como "objetos" y no como personas titulares de derechos.

“Un enfoque de los derechos de la niñez y adolescencia da mayor efectividad a los derechos que la Convención reconoce, reforzando la capacidad de los responsables de cumplir sus obligaciones de respetar,

65 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma que la participación de la ciudadanía permite que la definición de los problemas, el diseño de la política, la implementación y la evaluación, incorporen las experiencias, perspectivas y puntos de vista de las personas y grupos que son titulares de los derechos que se buscan proteger. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Políticas públicas con enfoque de derechos humanos*. (OEA, 2018), página 23, párrafo 58.

66 Kindernothilfe, *El enfoque de derechos de la niñez en el trabajo de Kindernothilfe*, PDF, 11, accedido el 20 de abril de 2020, https://www.kindernothilfe.org/multimedia/KNH_INT/KNH_Spanisch/Enfoque+de+Derechos+del+Ni%C3%B1o-p-64596.pdf

67 Comité de los Derechos del Niño. Observación general número 13 “*Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*”. (ONU: 2011), párrafo 59.

proteger y hacer efectivos esos derechos y la capacidad de los titulares de derechos de reivindicarlos.⁶⁸”

Las decisiones adoptadas por el Estado, deben tener a la base el derecho a la no discriminación, la consideración del interés superior y el respeto de las opiniones de las niñas, niños y adolescentes, teniendo en cuenta su edad y la evolución de sus facultades.

2.1.3 Enfoque de género

El Comité de los Derechos del Niño señala que los Estados deben procurar que las políticas y medidas que se adopten y afecten a las niñas, niños y adolescentes, deben tener en cuenta los distintos factores de riesgo a que se enfrentan las niñas y los niños en lo que respecta a las diversas formas de violencia en diferentes entornos; por ello, los Estados deben hacer frente a todas las formas de discriminación de género, luchando contra los estereotipos basados en el género, los desequilibrios de poder, las desigualdades y la discriminación.⁶⁹

Lo anterior permite, entre otras cosas, llevar a cabo respuestas estatales apropiadas en caso de violaciones de derechos humanos o riesgos de vulneración. Sobre este punto, la Corte Interamericana de derechos humanos establece que los Estados deben contar con medidas adecuadas y efectivas; una medida es adecuada en la medida que es idónea para la prevención de un riesgo de vulneración, mientras que es eficaz, cuando produce los resultados esperados. En este punto el enfoque de género juega un papel importante de conformidad con la postura de

68 Ídem.

69 Comité de los Derechos del Niño. Observación general número 13 “*Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia*”. (ONU: 2011), párrafo 72.

la Corte, pues esta sostiene que “el enfoque de género debe tener especial importancia dentro del procedimiento de evaluación del riesgo”⁷⁰.

En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos describe al enfoque de género como una herramienta de detección de desigualdades entre hombres y mujeres originadas por motivos de género. Al respecto, la Comisión asegura que:

“El enfoque de género debe permitir que se pongan en evidencia las desigualdades sociales y las condiciones de discriminación estructural hacia las niñas y las adolescentes”⁷¹

La Corte también se ha pronunciado acerca de la falta de aplicación del enfoque de género dentro del quehacer estatal, que también apareja responsabilidad para el Estado, en tanto que no lograría cumplir con sus obligaciones de protección a favor de mujeres, niñas y adolescentes. En el contexto del caso Velásquez Paíz y otros vs. Guatemala⁷², la Corte señala que la ausencia del enfoque de género dentro de una investigación penal —de homicidio en este caso— produce un efecto de invisibilización respecto de las circunstancias previas a la muerte, la forma en que ocurrió la muerte y la posible violencia sexual.⁷³

70 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Derechos Humanos y mujeres* (OEA, 2017), PDF, pág. 157

71 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección* (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017), PDF, 146, accedido el 20 de marzo de 2020, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>

72 Corte IDH. Caso Velásquez Paíz y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2015.

73 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia N°4, op. cit.*, pág. 197

2.1.4 Principio de debida diligencia

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados tienen la obligación de actuar con debida diligencia para proteger los derechos humanos. Este principio comprende cuatro obligaciones básicas: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones de derechos humanos.⁷⁴

En el caso preciso de la investigación de graves violaciones de los derechos humanos, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, menciona que ese apego del proceder estatal a una determinada norma de cuidado parte de dos grandes premisas: por una parte, la obligación de investigar la violaciones de derecho humanos y, por otra, la de adecuar el Derecho interno para garantizar el ejercicio de derechos humanos⁷⁵.

De lo anterior se desprenden una serie de normas o ideas fundamentales que el Centro para la Justicia y el Derecho Internacional denomina como “principios generales de debida diligencia para la investigación de graves violaciones a los derechos humanos”. Estos principios son: la oficiosidad, la oportunidad, competencia, independencia e imparcialidad, exhaustividad y participación de las víctimas y sus familiares⁷⁶.

74 Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez Rodríguez versus Honduras, de fecha 29 de julio de 1988.

75 Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos* (Buenos Aires: CEJIL, 2010), PDF, 11 y 14, accedido el 20 de marzo de 2020, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf>

76 Ídem, 22

En materia de estándares relativos a la protección, prevención y acceso a la justicia en casos de violencia contra la mujer, el principio de debida diligencia genera las siguientes implicaciones:

- La organización de la estructura estatal en función de la prevención, investigación, sanción y reparación de la violencia basada en género; para este fin, de acuerdo con el artículo 7, literal b), de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el Estado debe “actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar” la hechos de violencia basada en género contra mujeres, niñas y adolescentes de manera oportuna e idónea⁷⁷.
- La consideración de las realidades de los grupos de mujeres que se encuentran en un estado especial de vulnerabilidad; esta obligación deriva del artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer⁷⁸.
- Reconocimiento de la relación que guarda la discriminación por motivos de género y los hechos de violencia contra la mujer con el incumplimiento de las investigación de hechos de violencia contra mujeres, niñas y adolescentes, lo que eventualmente produce impunidad.⁷⁹

En vista de lo anterior, se recomienda⁸⁰:

- Garantizar la debida diligencia en todas sus fases en caso de violencia contra la mujer.

77 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Anexo 1. Principales Estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes*, (OEA, 2019), PDF, 25

78 Ídem, 26

79 Ídem

80 Ídem, 27 y 28

- Fortalecer la capacidad institucional para combatir el patrón de impunidad.
- Implementar el enfoque de género dentro de las medidas adoptadas para la prevención, investigación y sanción de hechos de violencia basados en género.

2.1.5 Doctrina de protección integral

Los derechos de niñez y adolescencia son una expresión específica de una categoría más amplia, es decir, la de los derechos humanos. Sin embargo, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño dentro de sus párrafos séptimo y octavo, el niño, en vista de sus características propias merece una protección particular, es decir, diferente en términos cualitativos a la de las personas adultas.

Lo anterior, constituye la premisa de la Doctrina de Protección Integral, lo cual se encuentra reflejada dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues dentro de la Opinión Consultiva número OC-17/02, se establece que niñas, niños y adolescentes poseen los mismos derechos que cualquier otro ser humano, pero además tienen “derechos especiales”, debido a su situación de vulnerabilidad y desarrollo evolutivo de facultades; estos derechos especiales deben recibir una protección que garantice su respectivo ejercicio⁸¹.

Por su parte, Yuri Buaiz define a la Doctrina de Protección Integral como:

81 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”, página 60, párrafo 54.

“El conjunto de acciones, políticas, planes y programas que con prioridad absoluta, se dictan y ejecutan desde el Estado, con la participación y solidaridad de la familia y la sociedad, para garantizar que todos los niños y las niñas gocen, de manera efectiva y sin discriminación, de los Derechos Humanos a la supervivencia, al desarrollado y a la participación, al tiempo que atiende las situaciones especiales en que se encuentran los niños individualmente considerados o determinados grupos de niños que han sido vulnerados en sus derechos.”⁸²

La definición anterior promueve la protección holística de los derechos de las niñas, niños y adolescentes con la participación de todos los actores: instituciones, sociedad y familia, en todos los niveles: central, local y comunitario. Por ello, su aplicación es mandatoria para todas y todos, pero especialmente para los agentes del Estado en su posición de garantes obligados a la protección reforzada, tal como son los jueces y juezas ante quienes se sustancien procesos en cualquier materia en los que participen las niñas, niños y adolescentes.

2.1.6 Interés superior de las niñas niños y adolescentes

El principio del interés superior surge en el contexto de la doctrina de protección integral, lo que supone el reconocimiento del desarrollo y ejercicio pleno de los derechos de la niñez y adolescencia como criterios rectores para la elaboración y aplicación de normas que rijan en los

⁸² Yuri Buáiz: “Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia Comentada de El Salvador. Libro Primero”, Consejo Nacional de la Judicatura, 1ª Edición, San Salvador, El Salvador, 2011, p. 62.

órdenes relativos a la vida de este grupo etario. Esto incluye a las personas operadoras del sector de justicia quienes deberán observar el principio de interés superior en la aplicación al caso concreto.⁸³

La Convención de los Derechos del Niño incorpora este principio en su artículo 3, determinando que todas las medidas que sean tomadas por las instituciones públicas o privadas tienen que ser dirigidas a garantizar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes.

El artículo 12 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia señala que el interés superior de la niña, niño y adolescente es “toda situación que favorezca su desarrollo físico, espiritual, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad”⁸⁴.

López Contreras define el interés superior del niño como “La potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña”⁸⁵. Por su parte, Gloria Baeza Concha lo define como “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”⁸⁶.

83 Karen Lissette Echeverría Guevara, *Interés superior en la jurisprudencia interamericana sobre justicia penal juvenil*, en Apuntes sobre Justicia Penal Juvenil, Consejo Nacional de la Judicatura, 2019, página 41.

84 Decreto N°839 del 15 de abril de 2009, Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, (Diario Oficial N°68, Tomo 383 del 16 de abril de 2009), artículo 12.

85 López Contreras, “Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud* N° 13 (2015), 91.

86 Gloria Baeza Concha, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, *Revista Chilena de Derecho* N° 2 (2001), 356.

El Comité de los derechos del niño define al interés superior del niño como un derecho que tiene que ser aplicado de forma dinámica adaptándose a las circunstancias a cada caso en particular. En consecuencia, el objeto del concepto de interés superior es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico de las niñas, niños y adolescentes, por tal razón el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que en la Convención no existe una jerarquía de derechos ya que todos los derechos responden a dicho interés⁸⁷.

2.1.7 El principio del interés superior del niño de conformidad con la observación general número 14 del Comité de los Derechos del Niño

De acuerdo a la observación general número catorce del Comité de los Derechos del Niño, el interés superior tiene una triple dimensión⁸⁸: a) como derecho, b) como principio propiamente dicho y c) como norma procesal.

En ese sentido, el interés superior funciona como un parámetro de obligatoria observancia en la toma de decisiones, por parte de las instituciones públicas (administrativas, legislativas y judiciales), que conciernan a la niñez, constituyéndose en un pilar fundamental para la plena realización de todos los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.⁸⁹

87 *Observación General número 14, "op. cit.", 259.*

88 ONU: Comité de los Derechos del Niño, *Observación general, op. cit.* párr. 6

89 Karen Lissette Echeverría Guevara, Interés superior en la jurisprudencia interamericana sobre justicia penal juvenil, *Op. Cit.*, página 40.

En este orden de ideas, en la adopción de decisiones sobre situaciones que afecten o puedan afectar los derechos de niñez y adolescencia, los Estados deben: “i) garantizar que el interés superior se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de instituciones públicas; ii) velar porque en todas las decisiones judiciales, administrativas, legislativas, etcétera, relacionadas con los niños quede patente que su interés superior fue considerado; y iii) garantizar que dicho interés se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas del sector privado.”⁹⁰

Por ello, el principio del interés superior del niño constituye un presupuesto indispensable para el cumplimiento efectivo de las obligaciones establecidas en la Convención, pues no es posible que los Estados partes pretendan darle cumplimiento, haciendo caso omiso de sus principios fundamentales.

Triple dimensión del interés superior de las niñas, niños y adolescentes

En cuanto a la triple dimensión, retomaremos lo establecido por el Comité de los Derechos del Niño en la observación general 14, la cual señala que el interés superior es⁹¹:

1. Un derecho sustantivo: significa el derecho de la niña, niño y adolescente a que su interés superior sea valorado al momento en que se realice una ponderación frente a otros intereses ante una cuestión debatida, generando una garantía que obliga a los Estados a

90 Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño, “Compendio de las Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño”, *Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño*, p. 96, accedido el 7 de marzo de 2020, disponible en: <http://www.cideni.org/wp-content/uploads/2019/09/Compendio-de-Observaciones-Generales-del-Comite%CC%81-de-los-Derechos-del-Nin%CC%83o-CIDENI.pdf>

91 *Observación General número 14*, “op. cit.”, 260.

valorar siempre su interés al momento que se tome una decisión que les afecte, convirtiéndolo en una consideración primordial.

2. Un principio jurídico interpretativo fundamental: implica que en los casos en los que una disposición jurídica admite más de una interpretación, debe otorgarse preferencia a la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior. El marco interpretativo es dado por los derechos plasmados en la Convención y sus Protocolos facultativos.
3. Una norma de procedimiento: se concreta como una garantía que se aplica siempre que deba adoptarse una decisión que afecte a una niña, niño y adolescente estando la persona que toma la decisión obligada a incluir dentro de su resolución las repercusiones tanto negativas como positivas que traerán a las niñas, niños y adolescentes, considerados individual y colectivamente.

Evaluación y determinación del interés superior de las niñas, niños y adolescentes

Según lo dispuesto en la observación general número 14, para poder determinar el interés superior del niño se tienen que seguir los pasos siguientes: en primer lugar, la evaluación y en segundo lugar realizar la determinación.⁹²

La evaluación es la apreciación que realiza el juzgador de cada uno de los elementos necesarios para poder tomar una decisión en determinada situación, que pueda afectar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes individual o colectivamente, tomando siempre en cuenta la participación de estos.

⁹² Observación General número 14, “op. cit.”, párrafo 47.

Por otro lado, la determinación es el proceso estructurado y de garantías estrictas para determinar el interés superior, teniendo como fundamento la evaluación antes mencionada.

Respecto de la evaluación, el Comité de los Derechos del Niño en la observación general número 14 determina una serie de elementos a tomar en cuenta por las personas operadoras para ponderar el interés superior, siendo las siguientes⁹³:

- a) La opinión de la niña, niño y adolescente: regulado en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño en dicha disposición se determina el derecho a expresar su opinión en todas las decisiones que le afecten.
- b) La identidad de la niña, niño y adolescente: aspecto muy importante ya que debe atenderse a condiciones personales, físicas, sociales y culturales.
- c) La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones: pretende prevenir la separación familiar de la niña, niño y adolescente por razones arbitrarias e injustificadas que no correspondan a su interés superior.
- d) Cuidado, protección y seguridad: debe considerarse que la satisfacción de los derechos de la niña, niño y adolescente tiene un sentido amplio que implica abarcar sus situaciones materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.
- e) Situación de vulneración: son las circunstancias especiales que se deben tener en cuenta al momento de realizar una evaluación del interés superior, como encontrarse en situaciones de riesgo, ser víctima de violencia, tener alguna discapacidad, etc.

93 Ídem, párrafos 52 a 79.

- f) El derecho a la salud: este lo encontramos regulado en el artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño. Implica que si hay más de una posible solución a una situación concreta en materia de salud, se deben sopesar las ventajas de todos los tratamientos posibles frente a todos los posibles riesgos y efectos secundarios, teniendo en cuenta la opinión de la niña, niño y adolescente en función de su desarrollo evolutivo. Por lo que se les debe proporcionar información adecuada y apropiada para que entienda la situación y todos los aspectos pertinentes en relación con sus intereses, y orientarle, cuando sea posible, para que brinde su consentimiento informado.
- g) El derecho a la educación: implica garantizar el acceso a una educación gratuita, de calidad, tanto académica como extracurricular.

Por lo anterior, los Estados partes también están obligados a crear mecanismos jurídicos para poder recurrir las resoluciones judiciales que no cumplan con la evaluación y determinación del interés superior de la niña, niño y adolescente. En consecuencia, una vez realizada la evaluación, la persona tomadora de la decisión debe relacionar expresa y claramente en su resolución todos los fundamentos técnicos en los que se ponderó el interés superior; si la resolución dictada es contraria a la opinión de la niña, niño y adolescente, se deben mencionar los motivos por los cuales dicha resolución responde a su interés superior a pesar de no coincidir con la opinión de la niña, niño y adolescente.

2.1.8 Principio de igualdad y no discriminación

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la noción de igualdad “se desprende

directamente de la unidad de la naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad.⁹⁴”

Respecto de las personas menores de 18 años, el Comité de los Derechos del Niño recalca que “los Estados deben combatir la discriminación contra los grupos de niñas, niños y adolescentes en situación de vulnerabilidad y esforzarse activamente en garantizarles el ejercicio de su derecho a la protección”.⁹⁵

Lo anterior tiene especial importancia en el caso de las niñas y adolescentes que son víctimas de violencia sexual a quienes se les debe garantizar que en todos los procedimientos-procesos en los que intervengan tendrán un trato digno que no les pondrá en desventaja frente a sus agresores por razones machistas y estereotipadas argumentadas por las personas operadoras de justicia.

La aplicación del principio de igualdad y no discriminación también debe atender a la situación de vulnerabilidad de las niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, con base en su edad, su sexo y desarrollo evolutivo de facultades.

94 Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-17/2002, página 58, párrafo 45.

95 Comité de los Derechos del Niño, observación general número 13, página 25, párrafo 60.

2.1.9 No revictimización

Debemos tomar en cuenta, inicialmente, que la victimización es un concepto retomado por la victimología, por medio del cual se patentiza el sufrimiento que el delito causa a la víctima en su sentido más general. Dichos perjuicios no sólo se reducen al momento en el cual se ejecuta el delito, sino que también incluye los males que sufre quien es una víctima verdadera. Dicho sufrimiento es denominado como: victimización primaria, victimización secundaria o revictimización y victimización terciaria⁹⁶.

Por revictimización se entiende el sufrimiento o daño que se causa a las víctimas, cuando estas intervienen en las diferentes etapas del proceso penal, en otras palabras, son los sufrimientos o padecimientos que se causan a las víctimas por las actividades que desarrollan las instituciones encargadas de investigar; estos daños pueden ser de carácter somático, psíquico, económico o social, lo cuales son producidos en la víctima desde que inicia su contacto con las agencias de represión penal, usualmente la policía, hasta su relación más formalizada con el proceso penal y las diferentes etapas que tiene que afrontar dentro del proceso⁹⁷.

2.1.10 Rol de la víctima en el derecho de acceso a la justicia

El Salvador es un Estado parte en la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que está obligado a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades

96 Miguel Ángel Soria Verde. Dolores Sáiz Roca. *“Psicología de la victimización criminal” en Psicología Criminal.* (Pearson. Madrid. España. 2005). 255.

97 Carlos Ernesto Sánchez Escobar, Martín Alexander Martínez Osorio, *La víctima y el acceso a la justicia en el ámbito penal juvenil,* (Comisión Coordinadora del Sector Justicia 1° edición 2013) 14-15.

reconocidos en dicho cuerpo normativo, sin discriminación física, social, cultural o política, tal como lo establece el artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Entre los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentra regulado en el artículo 19 que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que la protección especial derivada del artículo 19 de la Convención obliga a los Estados a brindar las garantías o componentes especiales para un debido proceso cuando las víctimas son niñas, niños y adolescentes, haciendo constar que la participación de estos no se da en las mismas condiciones que una persona adulta. Con esto, se busca un sistema de justicia accesible para cada niña, niño y adolescente que tome en consideración no sólo el interés superior, sino también el derecho que tienen a participar en el proceso conforme a sus capacidades, con el propósito de asegurar que el acceso a la justicia se realice en condiciones de igualdad, garantizando el debido proceso y velando por que el interés superior sea primordial en todas las decisiones administrativas o judiciales que se tomen.

En ese mismo orden de ideas, la Convención de los Derechos del Niño en el artículo 19 determina la obligatoriedad de los Estados de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a la niña, niño y adolescente contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente. De igual forma, en el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño se determina el derecho que tienen a ser escuchados, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por la autoridad competente, asegurando que la participación se ajuste a sus condiciones.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en los procesos penales donde las víctimas sean niñas, niños y adolescentes es necesaria su participación dentro del proceso, para contribuir con el desarrollo efectivo de este, sobre todo cuando no hay otros testigos de la comisión del delito⁹⁸.

La Corte también ha señalado que concebir la participación solo en términos de la prueba que pueda aportar, no responde a su calidad de persona sujeta de derecho, ya que la niña, niño o adolescente debe de estar debidamente informado para poder participar, para ello es necesario que desde el inicio del proceso se les informe de lo que acontece dentro del proceso, así como brindarles la asistencia jurídica necesaria.

Finalmente, los Estados que han ratificado la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer están obligados a crear políticas estatales orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer poniendo especial énfasis en la situación de vulnerabilidad en la que podría encontrarse una niña o adolescente, desarrollando para ello investigaciones y procesos a nivel interno que permitan adoptar medidas de protección y acompañamiento durante el proceso, tal como lo establece el artículo 9 de la Convención antes citada.

98 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia n° 4: Derechos humanos y Mujeres*, página 107.

2.1.11 Violencia sexual

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe “Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud” establece que “la violencia sexual es una violación de los derechos humanos y es una clara manifestación de discriminación por sexo.”⁹⁹. Asimismo, la violencia sexual es una modalidad de la violencia de género¹⁰⁰, la cual implica “el ejercicio de la violencia que refleja la asimetría existente en las relaciones de poder entre varones y mujeres”, donde lo masculino termina prevaleciendo sobre lo femenino¹⁰¹.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, la violencia de género reúne características propias, que la distinguen de otras formas de agresiones en las que el sujeto pasivo sea una mujer. En primer lugar, posee carácter sistemático, es decir, que no se trata de hechos aislados o repentinos, sino que forma parte de una situación estructural¹⁰².

Ahora bien, la Corte asegura que no toda violación de derechos humanos que se cometa contra mujeres debe ser considerada como una violación a las disposiciones de *Belem do Pará*, sino que se debe tratar de una agresión dirigida específicamente hacia mujeres, produciendo agravios en vista de la condición de ser mujer. Otro elemento constituyente de la violencia de género, de acuerdo a la postura de la Corte Interamericana, es que el agravio afecta de diferente

99 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual : la educación y la salud*, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011) PDF, 2, accedido el 20 de abril de 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/VIOLENCIASEXUALEducycSalud.pdf>

100 Ministerio Público Fiscal y Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, *Debida Diligencia en la actuación casos de violencia de género*, 1a. edición (Buenos Aires: Eudeba, 2013), PDF, 21, accedido el 20 de abril de 2020, https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/Debida%20diligencia_0.pdf

101 Ídem

102 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, 279 y 280, pár. 133.

forma a las mujeres en comparación con los hombres.¹⁰³

De acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte, se produce violencia sexual cuando se realizan acciones de naturaleza sexual cometidas en contra del consentimiento de la víctima; estas acciones se caracterizan por la invasión física, inclusive sin haber penetración o contacto físico.¹⁰⁴ Por otra parte, la Corte también ha establecido que, en vista de la naturaleza íntima (reservada) con la que se producen las agresiones sexuales, la declaración de la víctima constituye prueba fundamental sobre el hecho.¹⁰⁵

En el caso concreto de la violencia sexual ejercida en contra de niñez y adolescencia, el Comité de los Derechos del Niño, a través de la Observación General N° 13, emplea la definición establecida en el artículo 19, párrafo primero de la Convención sobre los Derechos del Niño acerca del término “violencia”, esto es:

“toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual”¹⁰⁶

Dicha observación general lista -no de forma taxativa¹⁰⁷- diversas formas de violencia que pueden ser padecidas por la niñez y la adolescencia, entre las cuales figuran los abusos y

103 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ríos y otros Vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009, pár. 279

104 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso J. Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013 pár. 358

105 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Espinoza González Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. pár.150

106 Comité de los Derechos del Niño, *Observación general N° 13*, párr. 4.

107 Ídem, párr. 19

explotación sexual, definidos por la Observación como:

- Incitación o coacción para que un niño se dedique a llevar a cabo actividades sexuales ilegales o que lo perjudican psicológicamente.
- Utilización de un niño para la producción de imágenes o grabaciones de audio acerca de abusos sexuales a niños
- Diversas actividades criminales padecidas por niñez y adolescencia tales como la prostitución infantil, la esclavitud sexual o la trata de personas.

2.2 Marco normativo

Se presenta un cuadro comparativo donde se mencionan los estándares internacionales vinculados con niñas, niños y adolescentes víctimas de violencia sexual y su marco normativo.

Estándar internacional	Marco normativo
<p><i>Derecho a participar en el proceso conforme a sus capacidades a través del ejercicio progresivo de las facultades.</i></p>	<p>-Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, artículo 10 (ejercicio progresivo de las facultades).</p> <p>-Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 5 (evolución de sus facultades)-</p> <p>-Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, objetivo estratégico 3.</p> <p>- Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia: San Salvador, a las catorce horas con treinta minutos del día veintinueve de septiembre del año dos mil once. - Apelación con referencia: Ref. N° 6/H/SS2/11-1. (ejercicio progresivo de sus facultades en cuanto a la participación en el proceso).</p> <p>- Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia: San Salvador, a las once horas del día doce de diciembre del año dos mil once. Apelación con referencia: 8-A-2011 (participación en el proceso conforme a las capacidades del niño, niña y adolescente).</p>

Estándar internacional	Marco normativo
<p><i>Medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger a la niña, niño y adolescente contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluso el abuso sexual.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> -Convención de los Derechos del Niño, artículo 19. -Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”, artículo 9. -Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 19. - Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, objetivo estratégico 2, estrategia 2.2: “Crear, fortalecer y difundir los mecanismos de protección especial de la niñez y adolescencia a nivel local y nacional, para la atención de víctimas de amenazas o vulneraciones a derechos.” - Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia: San Salvador, a las quince horas con cincuenta minutos del día diecisiete de junio del año dos mil once. - Apelación con referencia: N° 2/A/SS2/11-1. - Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia: San Salvador, a las nueve horas del día diecinueve de agosto del año dos mil once. – Apelación con referencia: N° 5/A/SS1/11-1.
<p><i>Aplicación del principio de igualdad y no discriminación.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución de la República de El Salvador, artículo 3 inciso 1°. - Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 2. - Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, artículo 11. - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3. - Convención Americana de Derechos Humanos, artículos 1.1, 24. - Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo, párrafo 1, artículo II. - Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1. - Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará”, artículo 4 literal f). - Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de

Estándar internacional	Marco normativo
	<p>Discriminación contra la Mujer, artículos 1 y 2 literal c).</p> <p>- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes: Buenas prácticas y desafíos en América Latina y en el Caribe. Anexo 1. Estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes. 2019.</p>
<p><i>Derecho a ser escuchado dentro del proceso.</i></p>	<p>- Corte IDH. Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 350.</p> <p>- Observación General No.12: “El derecho del niño a ser escuchado”.</p> <p>-Convención de los Derechos del Niño, artículo 12.</p> <p>-Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 1.</p> <p>-Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belem Do Para”, artículo 9.</p> <p>- Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia, artículo 94 inciso tercero.</p> <p>- Política Nacional de Protección Integral de la Niñez y de la Adolescencia, objetivo estratégico 4, estrategia 4.4: “Garantizar una participación efectiva de las niñas, niños y adolescentes en los procedimientos administrativos y judiciales.”</p>
<p><i>Aplicación del principio del interés superior.</i></p>	<p>-Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia, artículo 12 (interés superior del niño)</p> <p>-Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1. (obligatoriedad de salvaguardar el interés superior del niño ante toda decisión judicial).</p> <p>-Observación General No.14: “Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).”</p> <p>- Opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002,</p>

Estándar internacional	Marco normativo
	<p>Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.</p> <p>-Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia: San Salvador, a las quince horas del día ocho de febrero del año dos mil once. Ref. N° 1/A/SS2/11-1.</p> <p>- Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia: San Salvador, a las nueve horas del día siete de julio del año dos mil once. - Apelación: REF. 3-A-2011.</p>
<p><i>Reconocimiento de la situación de vulnerabilidad de la niñez y adolescencia</i></p>	<p>Arts. 8 literal a) del Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía, Reglas 1, 2 y 5 de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad.</p> <p>Comité de los Derechos del Niño. Observación general número 13 “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”. 2011. Párrafo 72 literal g).</p>

Fuente: elaboración propia a partir de las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales y nacionales.

Capítulo III

3.1 Metodología de la investigación

1	Enunciado del problema en forma de pregunta	¿Los fundamentos jurídicos de la Sentencia 75-Antej-2019 utilizados por la Cámara Primero de lo Penal de San Salvador, de la primera sección del Centro se ajustan con los estándares jurídicos internacionales relativos al Principio de interés superior de la niña, niño y adolescente?	
2	Objetivos	General	Valorar el grado de conformidad entre los considerandos 2.26, 2.31 y 2.35 de la Sentencia 75-Antej-2019 y estándares jurídicos internacionales relativos al Principio de interés superior de la niña, niño y adolescente.
		Específico 1	Verificar la aplicación del principio de interés superior del niño de conformidad con los lineamientos del Comité de los Derechos del Niño dentro de los apartados mencionados.
		Específico 2	Identificar los fundamentos utilizados por la Cámara dentro de los considerandos 2.26, 2.31 y 2.35 de la sentencia 75-Antej-2019.

		Específico 3	Cotejar los considerandos mencionados con los estándares jurídicos internacionales relativos al Principio de interés superior de la niña, niño y adolescente.
3	Supuesto de investigación	Los considerandos 2.26, 2.31 y 2.35 no cumplen con los estándares internacionales relativos al principio del interés superior de la niña, niño y adolescente.	
4	Variables	Independientes	Derecho a ser oído dentro del proceso. <ul style="list-style-type: none"> ○ Facilitación de abogado especialista en derechos de niñez y adolescencia en favor de la presunta víctima para representarla en el proceso de manera independiente del resto de los intervinientes. ○ Participación más allá de la aportación de prueba testimonial.
			Condición de la niña como persona en las diferentes etapas de su desarrollo. <ul style="list-style-type: none"> ● Conciencia de la niña víctima respecto de la situación en la que se encuentra. ● Valoración de consecuencias a mediano y largo plazo sobre el desarrollo de la víctima. ● Reconocimiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima.
			Argumentación jurídica <ul style="list-style-type: none"> ○ Selección de elementos para ponderar ○ Ejercicio de ponderación
		Dependientes	Valoración acerca del considerando 2.26
			Valoración acerca del considerando 2.31
Valoración acerca del considerando 2.35			
5	Parte metodológica	Investigación jurídica-dogmática	
		Enfoque cualitativo	
		Método de análisis documental	
		Técnicas de análisis de contenido y matriz de vaciado	

3.2 Descripción preliminar

La presente investigación es jurídico-dogmática, con enfoque cualitativo. En tanto investigación cualitativa se empleó la técnica de análisis de contenido, es decir, análisis documental. La investigación consistió en el cotejo entre: a) aspectos puntuales de la observación general número catorce (año 2013) del Comité sobre los derechos del niño y b) los tres considerandos de la sentencia de antejuicio 75 del año 2019 enunciados en el título del trabajo. Para llevar a cabo dicho cotejo se utilizó una ficha de análisis documental, que incluyó cuadros de doble entrada para cada considerando de la sentencia que fue objeto de evaluación y, asimismo, comentarios acerca de la calificación otorgada. Finalmente, el análisis y las valoraciones dentro de cada comentario se realizó desde la perspectiva de la Doctrina de Protección Integral.

		Considerando 2.26		Considerando 2.31		Considerando 2.35	
		Sí	No	Sí	No	Sí	No
Derecho a ser oída							
Indicadores	El considerando incorpora la valoración de la víctima acerca de los hechos controvertidos en el proceso.		X		X		X
	Dentro del considerando se pondera la narración de los hechos por parte de la víctima con un propósito diferente a la aportación de prueba.		X		X		X
	Queda constancia dentro del considerando que la víctima contó con asistencia de un abogado especialista en niñez y adolescencia.		X		X		X
Condición de la niña como persona en las diferentes etapas de su desarrollo.		Sí	No	Sí	No	Sí	No

Indicadores	El considerando incorpora alguna hipótesis de desarrollo de la víctima, previendo implicaciones a mediano y largo plazo.		X		X		X
	Queda constancia dentro del considerando que la víctima cuenta con un juicio propio e independiente acerca de su situación dentro del proceso.		X		X		X
	Reconocimiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima forma parte del razonamiento incorporado en el considerando.		X		X		X
Argumentación jurídica		Sí	No	Sí	No	Sí	No
Indicadores	El considerando incorpora una selección de elementos del caso que resulten pertinentes para ser ponderados entre sí.		X		X		X
	El considerando incorpora explícitamente la ponderación entre los elementos sopesados en el caso concreto para determinar el interés superior de la niña.		X		X		X

Comentario de los resultados

Considerando 2.26	I. Extracto de la sentencia: <p>“Si tenemos en cuenta el contexto en el que de acuerdo al dictamen de acusación se produjeron los hechos, podemos destacar los siguientes aspectos: (i) Se produjeron en un sector populoso, denominado Residencial Altavista 2, *****, Tonacatepeque; (ii) A una hora en la que aún se contaba con iluminación natural; (iii) La víctima se encontraba en compañía de otro niño; (iv) Dura un instante, sin cometerse ningún otro acto; (v) Se realiza sobre la ropa de la menor; (vi) La víctima refiere que pudo ver como el sujeto se aproximaba a ella.”</p>
	II. Postura de la Cámara e implicaciones: <ul style="list-style-type: none"> • De acuerdo con la Cámara, los hechos fijados comprenden dos situaciones: <ul style="list-style-type: none"> ○ El tocamiento que constituye la base fáctica de la imputación fue breve y sobre la ropa. ○ Dicho tocamiento se produjo en una vía pública, es decir, un área de uso común, destinada al libre tránsito de vehículos y personas¹⁰⁸ y a plena luz del día.

108 Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española, s.v., accedido el 30 de mayo de 2020, <https://dej.rae.es/lema/via-pública>

Comentario de los resultados

- La víctima no se encontraba sola y advirtió que el imputado se aproximaba hacia ella.
- Lo anterior constituyó la premisa desde la cual se desarrolló el correspondiente análisis de tipicidad. En considerandos posteriores, la conclusión de dicho análisis fue que la calificación de Agresión Sexual en Menor e Incapaz era inadecuada, pues, partiendo precisamente de la duración del tocamiento y de haberse producido en una vía pública (en principio, a la vista de cualquiera), la Cámara consideró que no era posible vulnerar la indemnidad sexual de la presunta víctima.
- Llama la atención que la Cámara mencionó que la víctima “pudo ver como el sujeto se aproximaba a ella”, como elemento para confirmar la notoriedad de los hechos, tanto así que hasta la presunta víctima pudo advertirlo. De acuerdo con el criterio de la Cámara, dicha notoriedad fue lo que impidió que la conducta fuera calificada como Agresión Sexual, por la falta de privacidad u ocultamiento¹⁰⁹ requerida para la comisión de delitos de agresión sexual. El haber sido detectado por la víctima debería haber disuadido al imputado de continuar con la perpetración de algún hecho delictivo, sin embargo, de conformidad con los hechos fijados, procedió al tocamiento de todas formas. A esto se debe agregar que la sentencia menciona posteriormente que el tocamiento se produjo durante un descuido de la víctima¹¹⁰, que se podría interpretar como una argucia o estrategia del imputado para superar la mencionada detección de la víctima.
- En lugar de contemplar lo anterior como un elemento generador de duda desfavorable para los intereses del procesado, se terminó empleando como parámetro para concluir que la calificación delictiva imputada fue incorrecta. Se advierte, pues, la aplicación del principio *in dubio pro reo* en esta lectura tan benigna de los hechos en favor del imputado.
- En suma, se trató de un análisis de tipicidad en el que predominó una visión dogmático-penal, desprovisto, por lo tanto, de otra clase de consideraciones, como la aplicación del enfoque de género o la condición de vulnerabilidad de la presunta víctima.

III. Análisis de lo resuelto:

- Sobre el derecho a ser oída:
 - Antes de entrar en materia, es oportuno traer a recuento que considerar de forma primordial el interés superior de las niñas, niños y adolescentes, cada vez que se adopten decisiones que

109 *Vid.* considerando 2.19 de la sentencia 75-Antej-2019.

110 *Vid.* considerando 2.31 de la sentencia 75-Antej-2019.

Comentario de los resultados

afecten sus derechos o intereses, constituye una obligación para cualquier autoridad judicial o administrativa perteneciente a un Estado parte de la Convención sobre los Derechos del Niño¹¹¹.

- Llevar a cabo esa consideración es responsabilidad de la persona o institución encargada de asumir la decisión que afectaría los derechos de cualquier niña, niño o adolescente o grupo de ellos. Sin embargo, esto no se puede llevar a cabo de manera mecánica o estandarizada, sino que exige del juzgador(a) la responsabilidad concomitante de adherirse a una serie de pasos para determinar qué es aquello que beneficia más los intereses y derechos de una niña, niño y adolescente conforme a las circunstancias específicas de cada caso.
- Teniendo en cuenta que la presunta víctima involucrada en este caso es una niña, la Cámara tenía la obligación jurídica de llevar a cabo sus correspondientes análisis de dogmática penal en integración con las disposiciones y lineamientos del *corpus iuris* relativos a la materia de derechos humanos de niñez y adolescencia.
- Entre las fuentes más importantes y próximas de este *corpus iuris* destacan: la Convención sobre los Derechos del Niño, las observaciones generales del Comité de los Derechos del niño (sobre todo la número doce y la número catorce) y la jurisprudencia de los organismos encargados de la aplicación de los correspondientes instrumentos internacionales de derechos humanos (la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del sistema regional para América); entre otros. No se trata de hacer uso de todas y cada una de las fuentes relativas a la materia de derechos de niñez y adolescencia, pero sí de tener en cuenta aquellas que protegen y garantizan de mejor manera los derechos de la niñez y la adolescencia.
- En el caso del derecho a ser oída, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que concebir la participación de una niña, niño o adolescente dentro de un proceso tan solo para aportar material probatorio (a través de su declaración) “no responde a su calidad de sujeto de derecho”, pues lo que la presunta víctima necesitaba era llevar a cabo actuaciones en su propio beneficio e interés¹¹². En el presente considerando, así como en el

111 Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), párr. 14, literal b.

112 Caso V.R.P. V.P.C. y otros vs *Nicaragua*. Fondo. Sentencia de ocho de marzo de 2018. Serie A, número 2, párr. 160.

Comentario de los resultados

resto de la sentencia en términos generales, la participación de la presunta víctima siempre es utilizada como medio de prueba acerca de los hechos controvertidos, pero sin ir más allá. En ningún momento se advierte o deja constancia de la opinión de la presunta víctima acerca de la situación y tampoco la de alguien adulto que la represente para este fin (expresar su opinión).

- En relación con lo anterior, la participación de una persona técnica en Derecho y especialista en derechos humanos de niñez y adolescencia resultaba indispensable, como un auténtico procurador en defensa de los intereses de su patrocinada. Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que la asistencia letrada constituye una de las garantías procesales para velar por la observancia del interés superior del niño; la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que dicha asistencia debe provenir de un abogado especializado en derechos de niñez y adolescencia¹¹³. Dentro del presente considerando no queda constancia alguna de dicho patrocinio especializado y tampoco en ninguna parte de la sentencia.
- Sobre el reconocimiento de su situación de vulnerabilidad:
 - De igual forma dentro del considerando en mención en el contexto que sucedieron los hechos no se toma en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima por ser una niña, al contrario, se pretende equiparar a la niña con el imputado, sin quedar constancia en el considerando que se tomó especial énfasis por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la niña, desarrollando una investigación y procesos a nivel interno que permitan adoptar medidas de protección y acompañamiento durante el proceso, tal como se determina en el artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, de la cual El Salvador es parte y por ende es de obligatorio cumplimiento.
- Sobre la condición de persona en sus diferentes etapas del desarrollo:
 - En este considerando no se realiza una hipótesis de desarrollo de la víctima y tampoco se prevén las consecuencias que a mediano y largo plazo se presentarían en las posteriores etapas del desarrollo de la niña. De hecho, en ninguna parte de la sentencia se hace referencia a lo anterior. A lo largo de la resolución, todo razonamiento acerca de la vulneración de la integridad sexual de la presunta víctima se enmarcó exclusivamente en el contexto de los hechos fijados. Tanto así, que incluso dentro de ninguno de los siete

113 Ídem, párr. 161.

Comentario de los resultados

puntos del fallo no se dispone, si quiera como medida cautelar, la incorporación de la niña a una terapia o tratamiento psicológico en vista del tocamiento que formó parte de los hechos fijados.

- El contenido del considerando 2.26 se redujo a una enumeración de circunstancias para efectos de calificar el tipo penal aplicable a los hechos fijados, de esta forma se mencionó que los hechos se produjeron en un lugar populoso, bajo la iluminación natural, que la presunta víctima se encontraba en compañía de otro niño, que el tocamiento duró un instante, etcétera, sin embargo, dentro del respectivo análisis de tipicidad no se desarrolló o dotó de contenido el concepto de indemnidad sexual aún y cuando la propia definición de indemnidad sexual incorpora la noción de desarrollo de la sexualidad de la víctima¹¹⁴.
- Por otra parte, la condición de persona implica la de sujeto de derechos, los cuales se extienden a lo largo de las diferentes ramas del Derecho. En el ámbito del derecho procesal, lo anterior se hace concreto a través de las garantías procesales establecidas dentro de la observación general número catorce del año dos mil trece.
- Lo anterior tiene su fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 5, toma como parámetro la progresividad para poder determinar el desarrollo evolutivo de las facultades del niño, niña y adolescente; respecto a la aplicación de dicho derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en los procesos donde las víctimas sean niñas, niños o adolescentes es necesaria la participación para que puedan contribuir con el desarrollo efectivo de este, lo que implica que es necesario que desde el inicio del proceso estén informados de lo que acontece dentro del mismo¹¹⁵, situación que no se ve reflejada en el considerando 2.26.
- Sobre la argumentación jurídica:
 - El Comité sobre los derechos del niño, a través de su observación general número catorce del año 2013, ha establecido que existe un método o secuencia para la determinación del interés superior. Este procedimiento se desarrolla en dos pasos: la evaluación y la determinación. La evaluación, a su vez, se constituye de dos etapas: primero, determinar elementos pertinentes al caso concreto en

114 Ídem, párr. 162.

115 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas. Párrafo 90.

Comentario de los resultados

	<p>evaluación y segundo, dotarlos de contenido para ser ponderados entre sí. Una vez finalizada la etapa de evaluación, se procede a la determinación del Principio del Interés Superior propiamente dicho, lo cual consiste en implementar un “proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar el interés superior del niño”. La evaluación es presupuesto de la determinación pues, de acuerdo con la observación general número catorce, la determinación del interés superior debe tener como base a la evaluación.</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Aunado a lo anterior, la observación general número catorce también establece de manera categórica que, de conformidad con el artículo tres, párrafo uno de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados Parte de la Convención de dejar constancia que en todas las decisiones legislativas, judiciales, así como políticas públicas, el principio del interés superior ha sido una considerado primordialmente y, de manera concomitante, explicar de qué manera el interés superior fue evaluado y la importancia que se le atribuyó para efectos de la decisión. ○ Lo anterior no significa que cada considerando de la sentencia 75-Antej-2019 tenía que incorporar un ejercicio de ponderación de elementos, pues no todos ellos se prestan para ese cometido. El presente considerando sirvió como punto de partida para determinar el tipo penal aplicable; no llevó a cabo ninguna recolección de elementos pertinentes para la fase de evaluación porque se trata de la premisa para un juicio de tipicidad. Empero, la Cámara podría haber mencionado que la brevedad del tocamiento figuraría dentro de los elementos pertinentes al caso relativos a la etapa de evaluación y que posteriormente se tendría en cuenta para la correspondiente ponderación y determinación propiamente dicha del interés superior de la niña en este caso concreto.
Considerando 2.31	<p>I. Extracto de la sentencia:</p> <p>“Así, en primer lugar, aunque se trate de un tocamiento producido en una zona anatómica localizada en la región pública del cuerpo, si este es de carácter instantáneo, si se produce sobre la ropa de la víctima, aprovechando un descuido de ésta y en un lugar que hace imposible que el grado de invasividad corporal sea mayor por ser un lugar público, transitado aún en horas del día; la conducta carece de la gravedad y trascendencia suficiente para lesionar la indemnidad sexual, y en consecuencia no puede ser calificada jurídicamente como Agresión Sexual en Menor.”</p>

Comentario de los resultados

II. Postura de la Cámara e implicaciones:

- De acuerdo con la Cámara, los hechos fijados no se pueden clasificar como agresión sexual pues, a pesar de que se trata de un tocamiento en la región púbica, “la conducta carece de la gravedad y trascendencia para lesionar la indemnidad sexual”. Esta conclusión partió de las en las circunstancias que rodean el caso, a saber:
 - La brevedad del tocamiento.
 - Que dicho tocamiento se produce sobre la ropa de la presunta víctima.
 - Aprovechando el descuido de esta.
 - En medio de un lugar concurrido, lo cual impide que el grado de invasión sea mayor.
- De acuerdo con la Cámara las circunstancias mencionadas impidieron que la lesión de la indemnidad sexual de la presunta víctima. En oposición con lo expuesto se debe concluir que para considerar la indemnidad sexual como vulnerada era necesario que la invasión se produjera en términos más violentos y perjudiciales para la integridad física y moral de la niña, esto es:
 - Un tocamiento prolongado.
 - Aplicado directamente sobre la desnudez de ella.
 - Que la presunta víctima estuviese al tanto de la situación de riesgo o agresión en la que se encontraba.
 - En condiciones de aislamiento.
- En este orden de ideas, el tocamiento como se describe en los hechos fijados no fue considerado *tan dañino* como debió haber sido para afectar la indemnidad sexual de la presunta víctima y, por lo tanto, la conducta no se puede considerar como Agresión Sexual.

III. Análisis de lo resuelto

- Sobre el derecho a ser oída:
 - De nueva cuenta, la Cámara realiza una interpretación estrictamente dogmática, construyendo su razonamiento a partir de los hechos fijados, sin tomar en cuenta la opinión o interpretación de los hechos por parte de la presunta víctima. Tampoco figuran las impresiones de ningún representante legal de la niña que actúe en defensa de sus intereses, como establecen la LEPINA (artículo 12, penúltimo inciso, literal e) o la observación general número catorce del año dos mil trece del Comité sobre los Derechos del Niño¹¹⁶.

116 Observación general N.º 14 (2013), *op. cit.*, párr. 45.

Comentario de los resultados

- A lo largo de la sentencia la declaración de la víctima cumple un propósito probatorio dentro del proceso judicial, lo cual se evidencia en considerandos como este, pues no se aprecia la incorporación de ningún tipo de opinión de la víctima dentro de los elementos constitutivos del razonamiento de la Cámara.
- Sobre la condición de persona en sus diferentes etapas del desarrollo:
 - Dentro del desarrollo de este considerando se concluyó que la conducta realizada por el acusado carecía de la gravedad y trascendencia necesaria para lesionar la indemnidad sexual de la víctima, pero, nuevamente, no se mencionaron aspectos relacionados con el desarrollo humano de la niña. De manera predecible, tampoco apareció ponderación alguna sobre la base de dichos aspectos.
 - De nueva cuenta, el considerando hace acopio de las circunstancias del caso, pero sin dejar constancia de manifestaciones palpables de la consideración de la niña como sujeto de derechos, como la emisión de su propia opinión, por ejemplo. Respecto a este punto en particular, la Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia en la sentencia de las once horas del día doce de diciembre del año dos mil once determinó la obligatoriedad de las autoridades judiciales y administrativas de advertir en los niños, niñas y adolescentes la capacidad de formar su propio juicio conforme al ejercicio progresivo de sus facultades, situación que no se ve plasmada en el considerando en mención.
- Sobre el reconocimiento de su situación de vulnerabilidad:
 - Existe otro aspecto del considerando que se debe comentar por separado y es la mención del descuido de la víctima como parámetro para concluir que la imputación del delito de Agresión sexual no correspondía a los hechos fijados. Al margen de las consideraciones de dogmática penal¹¹⁷, al decir que el tocamiento padecido por la niña se realizó “aprovechando el descuido de esta” no se consideró la situación de vulnerabilidad de ella, por razón de su edad y por el hecho de ser mujer. Uno de los rasgos característicos de la violencia por motivos de género es que afecta a las mujeres de manera particular, diferente a la padecida por los hombres. En este orden de ideas, las consecuencias que se derivan de una agresión sexual en contra de las mujeres a menudo conllevan el padecimiento de estigmas, señalamientos y prejuicios en contra de las víctimas.

117 La presente investigación se desarrolla sobre la base de derechos humanos de niñez y adolescencia.

Comentario de los resultados

- Por otra parte, detrás de esa postura del descuido de la víctima subyace la perseverante idea de responsabilizar a las víctimas de agresiones sexuales por el padecimiento de dichas agresiones. En su acepción más piadosa, la palabra “descuido” alude a omisión u olvido, pero el término también implica los significados de falta de cuidado o negligencia¹¹⁸. ¿Acaso la niña debió permanecer en estado de alerta o pendiente del arribo del imputado para prevenir una agresión sexual? En vista de su edad, la niña no contaba con el grado de discernimiento suficiente para suponer o imaginar el peligro de una eventual agresión sexual. De nueva cuenta, esta circunstancia fue interpretada desde una perspectiva favorable para el imputado, pues, en lugar de atribuirse un significado diferente, como que el descuido aludido era una demostración de la clara desigualdad evolutiva entre el imputado y la presunta víctima, de la cual el primero tomó ventaja para la perpetración del hecho.
- Con dicha postura en este considerando se deja fuera los estándares relativos a la protección, prevención y acceso a la justicia en casos de violencia contra la mujer, el principio de debida diligencia establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el cual obliga a los Estados partes a actuar con debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar los hechos de violencia dirigidos contra mujeres, niñas y adolescente de manera oportuna cuando estas se encuentran en situación de vulnerabilidad¹¹⁹.
- Sobre la argumentación jurídica:
 - Como ya fue mencionado, la determinación del interés superior del niño, niña y adolescentes se encuentra sujeta a un método o procedimiento, según el cual, primero es necesario llevar a cabo una selección de los “elementos pertinentes al contexto del caso” con la finalidad de llevar a cabo una ponderación entre todos ellos y, posteriormente, llevar a cabo un proceso estructurado para determinar concretamente el interés superior en el caso concreto. En efecto, la Cámara llevó a cabo una selección de elementos o circunstancias, pero todos ellos para determinar una calificación de los hechos en términos de tipicidad, no para realizar algún ejercicio de ponderación en términos del principio del interés superior de la niña víctima.

118 Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española, s.v., accedido el 4 de junio de 2020, <https://dej.rae.es/lema/via-publica>

119 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Anexo 1. Principales Estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes, (OEA, 2019), PDF, 25

Comentario de los resultados

	<ul style="list-style-type: none"> ○ Como consecuencia de lo anterior, tampoco se procedió a la implementación de ningún procedimiento o incidente promovido para la determinación objetiva al caso concreto, pues esto último tiene como base la selección de elementos mencionada previamente.
<p>Considerando 2.35</p>	<p>I. Extracto:</p> <p>“En ese sentido, la invasividad que supone un tocamiento breve o instantáneo en la región púbica de la víctima, en un lugar transitado, populoso, habitacional y aprovechando un descuido de ésta, mientras se encontraba jugando con otro niño, y sobre su ropa, no supone el grado de afectación suficiente para poder considerar la conducta como constitutiva del tipo penal descrito en el Art. 161 Pn.”</p>
	<p>II. Postura de la Cámara e implicaciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Para la Cámara no existió delito de Agresión Sexual en Menor debido a que los hechos fijados no produjeron la lesión de la indemnidad sexual de la presunta víctima. Este razonamiento parte de la premisa que el bien jurídico de la indemnidad sexual solo se puede lesionar mediante actos que supongan “un alto grado de invasión a la intimidad de la víctima”. De acuerdo con el razonamiento de la Cámara, esta grave invasión a la intimidad no se produjo pues: <ul style="list-style-type: none"> ○ Se trató de un tocamiento breve. ○ Que se realizó en medio de un lugar transitado. ○ Aprovechando el descuido de la víctima, pues ella estaba distraída jugando con otro niño. • Conforme al razonamiento de la Cámara, la sola invasión de la región púbica de la niña no bastó para la configuración del delito de Agresión Sexual en Menor pues, debido a las circunstancias del hecho, se concluyó que no se produjo el suficiente grado de invasión de la intimidad de la presunta víctima. Como se puede advertir, se insiste en la misma línea de razonamiento del considerando anterior (el 2.31). Sin duda este es uno de los considerandos más polémicos de la sentencia, pues consolida la idea que la duración de la invasión corporal prima sobre las circunstancias específicas de la víctima, como su minoría de edad, grado de madurez y condición de vulnerabilidad.
	<p>III. Análisis de lo resuelto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <u>Sobre el derecho a ser oída:</u>

Comentario de los resultados

- El razonamiento que figura dentro del considerando 2.35 se desarrolló sobre la base de los hechos fijados, sin tomar en cuenta las valoraciones de la presunta víctima acerca de estos, pues no figuran las impresiones ni opiniones de la niña al respecto. Esto constituye una infracción de lo dispuesto en el artículo 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño referidos al principio de interés superior y derecho de opinión, así como la inobservancia de lo dispuesto en la observación general número catorce en lo concerniente al derecho de la niña a ser oída como uno de los elementos que se deben tomar en cuenta para evaluar el interés superior de ella. Como ya fue explicado, el derecho a ser oído y la consideración primordial del interés superior de la niñez y adolescencia se encuentran vinculados de manera indisoluble¹²⁰ y, por lo tanto, no es posible cumplir uno sin el otro.
- También se ha mencionado que el derecho a ser oído, en relación con el establecimiento del interés superior, posee dos componentes fundamentales: a) expresar la opinión de la niña, niño o adolescente y b) la obligación por parte del juzgador(a) de tomar en cuenta dicha opinión para resolver todos los asuntos que les afecten. Por lo anterior, el análisis de tipicidad llevado a cabo por la Cámara estuvo incompleto pues a la hora de disertar acerca de si la indemnidad sexual de la niña había sido lesionada era necesario incorporar la opinión de la presunta víctima sobre el asunto dentro de dicha disertación.
- En el mismo orden de ideas, y como ya fue mencionado, el derecho a ser oído no se debe equiparar con la rendición del testimonio pues, se trata de dos actividades completamente distintas. Los hechos fijados en el presente caso son el punto de partida del considerando 2.35 y estos fueron establecidos empleando: a) la exposición fáctica de los hechos transcritos y b) la declaración anticipada de la víctima. Esta última es mencionada de forma recurrente para probar la brevedad del tocamiento, pero sin exceder dicha función probatoria. En ningún momento el considerando incorpora la valoración, opiniones o impresiones de los hechos por parte de la presunta víctima, ni de alguna otra persona que la represente.
- Aunado a lo anterior, respecto a la obligación de proporcionar para la presunta víctima asistencia letrada por parte de un especialista en derechos humanos de niñez y adolescencia, el considerando 2.35 tampoco incorpora constancia de ello. Es necesario aclarar que el contenido de este considerando es explicativo y no relacionado

120 Observación general N.º 14 (2013), *op. cit.*, párr. 43.

directamente con la actuación de alguna de las partes o sobre su pronunciamiento al respecto de los hechos. Sin embargo, también debe ser mencionado que, como se ha establecido previamente, cuando las declaraciones de la presunta víctima son mencionadas, en ninguna parte de la sentencia queda constancia que la niña haya contado con la asistencia de un abogado especialista en derechos humanos de niñez y adolescencia que haya manifestado su opinión acerca de los hechos controvertidos, de allí que tampoco figure un pronunciamiento técnico acerca de la trascendencia o grado de afectación de los tocamientos en desmedro de los derechos fundamentales de la presunta víctima.

- Sobre la condición de persona en sus diferentes etapas del desarrollo:
 - Dentro del desarrollo de este considerando se realiza la aseveración que la conducta realizada por el acusado carece de gravedad y trascendencia para lesionar la indemnidad sexual de la víctima, pero en ningún momento se menciona como se realizó el ejercicio progresivo de los derechos de la víctima, ni mucho menos se menciona la ponderación que tuvo dicho ejercicio para llegar a tal conclusión, contradiciendo lo establecido en el artículo 10 Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.
 - Este considerando se desarrolla de igual forma en los elementos que se mencionaron anteriormente los cuales son tocamiento de carácter instantáneo, se produce sobre la ropa de la víctima, se da en un lugar público, en un lugar transitado en horas del día, con lo que se determina que la conducta carece de gravedad, por lo que no puede ser calificada como una agresión sexual dicho razonamiento se realiza sin dejar constancia que la víctima emitió su propio juicio respecto al ejercicio progresivo de sus facultades 10 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia.
 - En ese orden de ideas la Cámara Especializada de la Niñez y Adolescencia en la sentencia de las once horas del día doce de diciembre del año dos mil once determino la obligatoriedad de las autoridades judiciales y administrativas de advertir en los niños niñas y adolescentes la capa capacidad de formar su propio juicio con forme al ejercicio progresivo de sus facultades, situación que no se ve plasmada en el considerando en mención.
- Sobre el reconocimiento de su situación de vulnerabilidad:
 - Por otra parte, tal como se ha mencionado anteriormente el razonamiento en este considerando no toma en cuenta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima, ya que no se considera lo determinado por la Convención de los Derechos del

Comentario de los resultados

Niño en su párrafo séptimo y octavo, en el cual se obliga a los Estados partes a realizar una protección particular, es decir, diferente en términos cualitativos a la de sus contrapartes adultas. Constituyendo dicha situación una premisa en la Doctrina de Protección Integral, dicha premisa se ve reflejada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues dentro de la Opinión Consultiva número OC-17/02 se establece que niñas, niños y adolescentes poseen los mismos derechos que cualquier otro ser humano pero, además, derechos especiales, debido a su condición de vulnerabilidad estos derechos especiales no se ven reflejados en el considerando en mención pareciendo que incluso se pretende equiparar los derechos del imputado con la víctima sin ponderar en ningún momento la situación de desigualdad y vulnerabilidad que existe entre ambos¹²¹.

- Sobre la argumentación jurídica:

- Ya fue mencionado en intervenciones anteriores que una de las obligaciones primordiales del juzgador con relación a la consideración primordial del interés superior del niño consiste en proporcionar un adecuado fundamento acerca de cómo se fue llevado a cabo el ejercicio de ponderación de intereses y elementos. Dentro del considerando 2.35 esto no se llevó a cabo. Ya fue establecido que, de acuerdo con la observación general número catorce, para la determinación del interés superior en un caso concreto se deben seguir dos pasos fundamentales: la evaluación y la determinación.
- En el presente considerando no figuró ninguna selección de elementos ni de circunstancias para ser ponderadas a la luz del principio del interés superior. Se debió tomar en cuenta la opinión de la niña y su situación de vulnerabilidad. De nueva cuenta, la Cámara hizo acopió de los hechos fijados y se limitó a llevar a cabo un análisis de tipicidad. El énfasis recayó sobre la determinación del tipo penal, sin tomar en cuenta otra clase de consideraciones. Como no hubo elementos seleccionados para la ponderación, tampoco se llevó a cabo ninguna fase de determinación, pues esta última tiene como presupuesto la ponderación de elementos.
- Lo anterior es contrario a lo establecido por la observación general número catorce, pues esta dispone que para la toma de decisiones que afecten los derechos de una niña, niño o adolescente es

121 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Anexo 1. Principales Estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes, (OEA, 2019), PDF, 25.

Comentario de los resultados

necesario llevar a cabo la secuencia de evaluación y determinación como ya fue descrito con anterioridad, así como: a) la obligación de dejar constancia de la forma en que el interés superior fue evaluado para tomar una decisión judicial, y b) el valor que se le atribuyó a dicho interés a la hora de sopesar consideraciones relativas al caso concreto.

3.3 Presentación de los hallazgos

La presente investigación tuvo por finalidad primordial establecer si los considerandos 2.21, 2.31 y 2.35 de la sentencia de antejuicio 75, año 2019, cumplían con los estándares de derechos humanos relativos al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Para este cometido, se establecieron una serie de objetivos dispuestos en una secuencia de tres pasos: verificación, identificación y cotejo.

Resultado de lo anterior fue la identificación de deficiencias dentro de los considerandos de la sentencia que fueron analizados. Estas deficiencias consisten básicamente en la omisión de fundamentos de derecho material y de procedimientos relativos al principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes. Sin perjuicio de las diferencias entre cada uno de los considerandos analizados, todos exhiben el mismo defecto, esto es, la falta de consideración de la niña como persona sujeta de derechos, el no reconocimiento de su situación de vulnerabilidad, la falta de análisis de su participación con base en su interés superior y la garantía del derecho de opinión. Los argumentos de la Cámara se concentraron exclusivamente en la interpretación de los hechos fijados con la finalidad de determinar el tipo penal aplicable, pero sin considerar elementos cruciales de diversos estándares de derechos humanos sobre niñez y adolescencia mencionados a lo largo de la presente investigación.

3.4 Conclusiones

- La Cámara incumplió con su obligación de ponderar de manera primordial el interés superior de la niña para pronunciar la Sentencia 75-antej-2019, pues no procedió de acuerdo con los estándares internacionales establecidos para ese fin. Tal como se aprecia en el fallo de la sentencia, ninguna disposición de la Convención sobre los Derechos del Niño figura dentro de los fundamentos de derecho empleados, así como tampoco aparecen o se encuentran relacionadas otras disposiciones o lineamientos pertinentes al caso, como las de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia o de la observación general número catorce, año 2013, del Comité de los Derechos del Niño.
- El análisis de tipicidad desarrollado a lo largo de los considerandos 2.26, 2.31 y 2.35 responde a un enfoque de dogmática jurídico-penal tradicional, que resultó ineficaz para la defensa de los derechos fundamentales de la niña pues, el alejamiento de dicho análisis respecto de estándares internacionales acerca de niñez y adolescencia terminó menoscabando derechos y garantías provenientes del principio del interés superior.
- La sentencia 75-antej-2019 constituye una acción violatoria de derechos humanos por parte de la Cámara Primero de lo Penal de la Primera Sección del Centro, pues no tomó en consideración aspectos medulares del principio del interés superior del niñas, niños y adolescentes para el pronunciamiento de la resolución. Consecuentemente, de conformidad con lo establecido en el artículo 346, inciso primero, numeral 7, la sentencia debería ser declarada absolutamente nula por parte de la Sala de lo Civil.

3.5 Recomendaciones:

- Fortalecer las competencias técnicas de las personas operadoras del sector justicia, específicamente en el área penal, en cuanto a la aplicación de los enfoques de derechos humanos, género y victimológico, así como en los principios, garantías y derechos provenientes de la Convención sobre los Derechos del Niño y el resto de estándares de derechos humanos relativos a esta. En este orden de ideas, todos los jueces y juezas de la República deberían asimilar la idea que, cada vez que se diriman litigios que involucren niñas, niños o adolescentes, o bien, afecten los derechos o intereses de estos, las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte del inseparable del principio de legalidad que gobierna sus actuaciones.
- Garantizar a las niñas, niños y adolescentes la representación procesal de un abogado(a) o equipo de abogados especialistas en derechos humanos de niñez y adolescencia. Estos abogados deben ejercer la representación de la niña, niño o adolescente que patrocinen desde una posición independiente a la del resto de los involucrados, es decir, en defensa particular y exclusiva de los derechos e intereses de la niña, niño o adolescente implicado en el proceso. Esto debe ser visto como parte de las condiciones de normalidad y legalidad procesal, sin importar la materia o rama jurídica de la que se trate la controversia a dirimir.
- Asegurar que en todo proceso penal en el que participe una niña, niño o adolescente, se garantice la oportunidad de ejercer su derecho de opinión conforme al desarrollo evolutivo de sus facultades.

Referencias bibliográficas

- Alejandro Osorio, “El Estado en situación irregular respecto de niñas, niños y adolescentes. Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas, vol. 1, n.º 1 (2011) 13, accedido el 8 de marzo de 2020.
<https://cerac.unlpam.edu.ar/index.php/perspectivas/article/viewFile/2991/2910>
- April Bofill y Cots, Jordi, La Declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la Infancia. (Barcelona: Comissió de la Infància de Justícia i Pau, 1999).
- Bolfy Cottom, “El Derecho: una visión desde la historia y la ciencia social”, Academia Mexicana de Ciencias 57, n.º2 (abril-junio 2006)1, accedido 7 de marzo de 2020
https://www.revistaciencia.amc.edu.mx/images/revista/57_2/elderecho_unavisión.pdf
- Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño, “Compendio de las Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño”, Centro Iberoamericano de los Derechos del Niño, accedido el 7 de marzo de 2020,
<http://www.cideni.org/wpcontent/uploads/2019/09/Compendio-de-Observaciones-Generales-delComite%CC%81-de-los-Derechos-del-Nin%CC%83o-CIDENI.pdf>
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos (Buenos Aires: CEJIL, 2010), PDF, 11 y 14, accedido el 20 de marzo de 2020, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf>
- Cristina Caron, “En Estados Unidos aún se permite el castigo corporal en las escuelas de varios estados”, New York Times, 21 de diciembre de 2018,
<https://www.nytimes.com/es/2018/12/21/espanol/castigo-fisico-permitido.html>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Anexo 1. Principales Estándares y 50

recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra las mujeres, niñas y adolescentes, (OEA, 2019), PDF.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: la educación y la salud, (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011) PDF, 2, accedido el 20 de abril de 2020. <https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/VIOLENCIASEXUALEducySalud.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2017), PDF, 146, accedido el 20 de marzo de 2020, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/NNA-GarantiaDerechos.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Políticas públicas con enfoque de derechos humanos. (OEA, 2018).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre pobreza y derechos humanos en la Américas. (OEA, 2017).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 4: Derechos humanos y mujeres (OEA, 2017).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, “Condición jurídica y derechos humanos del niño”. (OEA, 2002).
- Dionisio Sosa, “El derecho a la autodeterminación reproductiva en El Salvador y el impacto en la política pública (a partir de la interpretación realizada por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de Amparo 749 – 2014)”, Revista digital SOLONIK Políticas Públicas, Ediciones Fundación Henry Dunant América Latina, n.º 3 (2018) 31 – 44, accedido 7 de marzo de 2020. https://issuu.com/fundacionhenrydunant/docs/revista_solonik_n_3_julio_2018.

- Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 4: Derechos Humanos y Mujeres (Corte Interamericana de 51 Derechos Humanos).
- Federación de Asociaciones para la Prevención del Maltrato Infantil, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, bienestaryproteccioninfantil.es, accedido el 10 de marzo de 2020.
<https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/fuentes1.asp?sec=1&subs=477&cod=3082&page=>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Convención sobre los Derechos del Niño”, unicef.es, accedido 7 de marzo de 2020.
<https://www.unicef.es/causas/derechosninos/convencion-derechos-ninos>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Día Universal del Niño”, unicef.es, accedido 7 de marzo de 2020. <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/diainternacional-nino>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, “Explicación sobre los derechos del niño y los derechos humanos”, United Nations Children's Fund, accedido el 7 de marzo de 2020.
<https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/explicacion-derechoshumanos>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Un enfoque de la educación para todos en los derechos humanos: marco para hacer realidad el derecho de los niños a la educación y los derechos en la educación (Nueva York: UNICEF, 2008),
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, p. 259, accedido el 20 de marzo de dos mil veinte,

<https://www.unicef.org/UNICEFObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDeLNino-WEB.pdf>

- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Estado Mundial de la Infancia, edición especial. Conmemoración de los veinte años de la convención sobre los Derechos del Niño (New York: Brodock Press, 2009).
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Derechos bajo la Convención sobre los Derechos del Niño, accedido 1 de abril de 2020, 52 https://www.unicef.org/spanish/crc/index_30177.html
- Francisco Galindo et al., Manual de Derechos Constitucional, Tomo 2, 2da. ed. (San Salvador: Centro de Información Jurídica, 1996).
- Gloria Baeza Concha, “El interés superior del niño: Derecho de rango constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la jurisprudencia”, Revista Chilena de Derecho N° 2 (2001).
- Gonzalo Aguilar, “El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Estudios Constitucionales, vol. 6, n.º 1 (2008) 227, accedido el 7 de marzo de 2020, <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>
- Isaac Ravetllat Ballesté, “Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia”, Editorial Universitat Politècnica de València, Valencia, 2015.
- J. Espinós et al., Así vivían los romanos, (Madrid: Anaya, 1992).
- Karen Lissette Echeverría Guevara, Interés superior en la jurisprudencia interamericana sobre justicia penal juvenil, en Apuntes sobre Justicia Penal Juvenil, Consejo Nacional de la Judicatura, 2019.
- Kindernothilfe, El enfoque de derechos de la niñez en el trabajo de Kindernothilfe, PDF, accedido el 20 de abril de 2020.

https://www.kindernothilfe.org/multimedia/KNH_INT/KNH_Spanisch/Enfoque+de+Derechos+del+Ni%C3%B1o-p-64596.pdf

- Laura Pautassi y Royo Laura, Enfoque de derechos en las políticas de infancia: indicadores para su medición (Santiago de Chile: Editorial de Naciones Unidas,) PDF. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4044/1/S1201027_es.pdf
- Lloyd deMuase, La evolución de la infancia, (New York: The Psychohistory Press, 1974) 1, accedido el 7 de marzo de 2020.
- López Contreras, “Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido”, Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud N° 13 (2015).
- Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, (Buenos Aires: Heliasta, 1996) 395, así como Eugene Petit, Tratado elemental de Derecho Romano, traducido por José Fernández González, 23a edición, (México: Editorial Porrúa, 2007) 8 y 76.
- Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas, 23a Ed. (Buenos Aires: Heliasta, 1996).
- Miguel Cillero, El interés superior del niño en el marco de la convención internacional 53 sobre los derechos del niño, accedido 7 de marzo de 2020, http://www.bibliotecad.info/wp-content/uploads/2018/08/el_interes_superior.pdf
- Ministerio Público Fiscal y Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, Debida Diligencia en la actuación casos de violencia de género, 1a. edición (Buenos Aires: Eudeba, 2013), PDF, 21, accedido el 20 de abril de 2020. https://www.cejil.org/sites/default/files/legacy_files/Debida%20diligencia_0.pdf
- Mónica Peña, “¿Quién es el niño? Revisión y análisis de algunos conceptos teóricos relevantes para el acercamiento a la infancia que se educa en Chile”, REXE - Revista de

Estudios y Experiencias en Educación, vol. 3, n.º 5 (2004) 75 y 76, accedido 7 de marzo de 2020 <http://www.rexe.cl/ojournal/index.php/rexe/article/view/240>

- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo, (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2006), PDF.
- ONU, “Historia de los derechos del niño”, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, accedido 7 de marzo de 2020, <https://www.unicef.org/es/convencion-derechosnino/historia>
- ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), accedido el 8 de marzo de 2020, <https://www.refworld.org.es/docid/51ef9aa14.html>
- ONU, Comité de los Derechos del Niño (CRC), Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 Mayo 2013, CRC /C/GC/14, accedido el 10 de marzo de 2020, <https://www.bienestaryproteccioninfantil.es/imagenes/tablaContenidos03SubSec/G1344192.pdf>
- ONU, Resoluciones aprobadas sobre la base de la tercera comisión, accedido el 20 de marzo de dos mil veinte, <https://undocs.org/es/A/RES/1386%28XIV%29>
- ONU. Comité de los Derechos del Niño. Observación general número 13 “Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia”. (ONU: 2011).
- Unión Interparlamentaria et Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Derechos Humanos, manual para parlamentarios número 26 (Unión Interparlamentaria, 2016), PDF, 22, accedido el 20 de abril de 2020,

https://www.ohchr.org/Documents/Publications/HandbookParliamentarians_SP.pdf

- Walter Kalin y Jorg Kunzli, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Yuri Buaiz, *Ley de Protección Integral de la niñez y la adolescencia de El Salvador Comentada. Libro Primero, Primera reimpresión* (San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, 2013).
- Yuri Buaiz, “La doctrina para la protección integral de los niños: aproximaciones a su definición y principales consideraciones” en *Introducción a la doctrina para la protección integral de los niños*, reeditado por Edda Quirós, (Dirección de Servicios de Salud del Ministerio de Salud de Costa Rica) 4, accedido el 7 de marzo de 2020.