

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

50

Julio - Diciembre 2009

 Asdi
AGENCIA SUECA
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO


Embajada Real de
Dinamarca


REAL EMBAJADA DE NORUEGA

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2009, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

I. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Coordinación editorial, corrección de estilo y diagramación: Marisol Molestina.

Portada y artes finales: Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH.

Impresión litográfica: Litografía Universal S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Índice

Presentación	7
<i>Roberto Cuéllar M.</i>	

Mensajes de inauguración

<i>Del Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Roberto Cuéllar M.</i>	13
<i>De la Presidenta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Sonia Picado Sotela</i>	17
La profecía que no debemos arrojar al fuego.....	19
<i>Del Presidente de la República de Costa Rica, Óscar Arias Sánchez</i>	

Introducción al XXVII Curso

Acceso a la justicia con inclusión: un compromiso permanente	29
<i>Roberto Cuéllar M.</i>	

Ponencias seleccionadas

Integralidad de los derechos humanos. Exigibilidad de los derechos colectivos y acceso a la justicia de las personas en condición de pobreza	53
<i>Mónica Pinto</i>	
Pobreza, derechos humanos y políticas públicas: aspectos conceptuales y propuestas metodológicas.....	73
<i>Eitan Felner</i>	
Acceso a la justicia en el ámbito interamericano. Análisis crítico y perspectivas futuras	105
<i>Nelson Camilo Sánchez</i>	
Notas sobre acceso a la justicia y derechos sociales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos	131
<i>Óscar Parra Vera</i>	
Acceso a la justicia, Estado de Derecho y garantías institucionales.....	159
<i>Hernán Salgado Pesantes</i>	

Acceso a la justicia de las mujeres.....	173
<i>Line Bareiro y Marcela Zub Centeno</i>	
El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes.....	191
<i>María de Jesús Conde</i>	
Atención integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Algunos apuntes desde la victimología.....	209
<i>David Lovatón Palacios</i>	
Experiencias de acceso a la justicia en América Latina.....	227
<i>David Lovatón Palacios</i>	
Educación en derechos humanos y acceso a la justicia: retos de las escuelas judiciales en capacitación para una justicia inclusiva.....	283
<i>Alfredo Chirino Sánchez</i>	
Reforma policial para la seguridad ciudadana con justicia, equidad y derechos humanos.....	311
<i>Francisco Javier Bautista Lara</i>	

Trabajos académicos

La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia	351
<i>Shirley Campos García</i>	
Estado, globalización y derechos indígenas: una mirada a la situación de los pueblos indígenas en México	379
<i>Leopoldo Francisco Maldonado Gutiérrez</i>	

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos se complace en presentar el número 50 de su Revista IIDH, correspondiente al segundo semestre de 2009. En la presente edición de esta revista académica se recogen algunos de los mensajes y ponencias ofrecidas en el marco del *XXVII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos. Acceso a la justicia e inclusión*, así como dos de los trabajos presentados por participantes que optaron por obtener el certificado académico.

El trabajo de promoción y educación en derechos humanos que realiza el IIDH dirigido a los más variados sectores sociales, profesionales y políticos, encuentra su expresión paradigmática en el Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos que se lleva a cabo anualmente. Entre más de 3200 ex alumnos y ex alumnas se cuenta buena parte de los y las líderes y activistas de derechos humanos en el Continente.

Desde su creación en 1983, el Curso constituye una ocasión única para que sectores muy variados, a menudo con posiciones divergentes, se encuentren y dialoguen sobre sus concordancias y diferencias, en un plan académico basado en los principios de tolerancia y respeto. Es así como personas funcionarias de las ONG y de las instancias gubernamentales de todos los países del Continente, integrantes de distintas iglesias, docentes, investigadores, estudiantes, periodistas, policías, militares, activistas, jueces, legisladores y profesionales de variadas disciplinas reciben conferencias de reconocidos especialistas internacionales, pero también encuentran espacios para intercambiar información y opiniones, generar conocimientos, plantear proyectos o definir propósitos comunes.

Por otro lado, el Curso ha tenido la capacidad de readecuarse, en su temática y metodología, a las necesidades y retos que la cambiante realidad latinoamericana presenta para los diversos sectores, convirtiéndose de ese modo en un espacio académico de vanguardia en la capacitación en derechos humanos, a través de una afortunada combinación de permanencia e innovación.

A partir de 2000 el número de la revista correspondiente al segundo semestre de cada año recoge los materiales producto de este Curso, adquiriendo un carácter monográfico; lo hace desde que la dirección del IIDH dio inicio a una estrategia centrada en el enfoque en tres grupos de derechos: participación política, acceso a la justicia y educación en derechos humanos; a su vez analizados mediante tres ejes transversales: equidad de género, diversidad étnica y participación de la sociedad civil. Más adelante se agregaría otro grupo de derechos: los económicos, sociales y culturales; así como la preocupación que atiende hoy la estrategia institucional: la realización de los derechos humanos vista desde la perspectiva de la extrema pobreza y desigualdad.

Esta edición de la Revista incluye al inicio los mensajes de inauguración del XXVII Curso Interdisciplinario, a cargo del Presidente de la República de Costa Rica, Óscar Arias Sánchez, de la Presidenta del IIDH, Sonia Picado Sotela, y de mi persona, como Director Ejecutivo de este Instituto Interamericano. A ellos sigue un artículo de introducción a la temática, preparado por quien suscribe como primera lección del Curso, y una amplia sección que recoge, en el orden de presentación, algunas de las ponencias centrales que formaron parte del bagaje académico del XXVII Curso. Se incluye el texto de las ponencias de expertos y expertas tales como Mónica Pinto (Argentina), Hernán Salgado Pesantes (Ecuador) y Line Bareiro (Paraguay), integrantes de la Asamblea General del IIDH, así como de Eitan Felner (Argentino), Nelson Camilo Sánchez (Colombia), Óscar Parra (Colombia), María de Jesús Conde (España), David Lobatón (Perú), Alfredo Chirino (Costa Rica) y Francisco Javier Bautista Lara (Nicaragua). La edición cierra con dos de los trabajos académicos, presentados por Shirley Campos García (Costa Rica) y Leopoldo Francisco Maldonado Gutiérrez (México) para obtener el certificado académico correspondiente.

Los estudios del Curso XXVII los enfocamos en concreto a la cuestión del acceso a la justicia desde la realidad del derecho de los pobres y de las comunidades en extrema pobreza, como herramientas para la reclamación y el cambio de políticas públicas. Así, se trató

de explicitar el concepto histórico de los derechos humanos desde la visión de la justicia distributiva. Es decir, plantear con precisión teórica qué parte de la lucha por los derechos humanos está controlado en el empeño por la implantación de criterios de justicia universalmente válidos para reparar el daño material y moral a la dignidad humana de las personas y comunidades en extrema pobreza. ¿Cuáles son las implicaciones de la desigualdad estructural y la idea del derecho/justicia desde los derechos humanos de los pobres? En este sentido, la práctica motivadora y creativa del Curso XXVII, como lo indican los trabajos y conferencias de la Revista 50 del IIDH, fue llevada hacia el examen de las condiciones y requerimientos, y a la modificación de políticas públicas para acceder a la justicia desde la injusta dimensión de la pobreza crítica en la región, que afecta a más de 200 millones de seres humanos. La Revista 50 marca esa “ruta por construir en el sistema interamericano” que el IIDH avizoró desde 2006. La pobreza es causa de violaciones a los derechos humanos e interpela el doble enfoque del discurso contaminado de mucha hipocresía y de la retórica con la que soslaya la falta de responsabilidad en el cumplimiento de derechos fundamentales. Finalmente, esta Revista 50 del IIDH contiene una interpelación a la ciencia del derecho por insuficiente y a la praxis política por sospecha de fomentar el modelo excluyente y agravado al daño que hace al derecho de todos y todas, al perpetuar la desigualdad social y no lograr revertir ni siquiera la extrema pobreza en detrimento de los derechos humanos.

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas; dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH. Aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, sin cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH no sería posible.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo, IIDH

Trabajos académicos

La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia

*Shirley Campos García**

Introducción

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido importantes avances en materia de protección de los derechos humanos de los niños y adolescentes, resultado de la aprobación y posterior entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención del Niño) que los reconoce como sujetos de derecho. Esta Convención marca un hito importante en el desarrollo de los derechos de la niñez y adolescencia debido a que consagra la prevalencia de la doctrina de la protección integral frente a la doctrina de la situación irregular, que concebía al niño como objeto de protección del Estado, de la sociedad y de la familia. Esto implicó la separación de la concepción de *patria potestas*, que se venía arrastrando desde el derecho romano y que se vio fortalecido por el derecho canónico, al reconocimiento del niño como sujeto de derecho fundamentado en el interés superior del niño como fin de la autoridad parental.

Si entendemos por personalidad jurídica la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por capacidad jurídica la aptitud para ejercerlos, llegamos a la conclusión de que la capacidad se encuentra ligada a la personalidad¹. A su vez esto nos permite entender que si por alguna situación una persona no dispone de la plena capacidad, no por eso deja de ser sujeto de derechos, ya que capacidad y personalidad aunque ligados, no son lo mismo y este es precisamente el caso de los niños.

* Abogada costarricense, Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Especialista en Derecho Notarial y Registral. Estudiante de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. Asistente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2004-2010; actualmente abogada de la Dirección Jurídica del Instituto de Desarrollo Agrario.

¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 88.

A partir de la aprobación de la Convención del Niño en 1989, los Estados americanos iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral; se dio así una transición del sistema tutelar represivo al de responsabilidad garantista en relación con los niños y adolescentes. La jurisdicción especial se enmarca en el principio de legalidad, siguiendo las debidas garantías, y se adoptan medidas orientadas al reparo de la víctima y a la reeducación del menor de edad infractor de la ley, convirtiendo el internamiento en última medida.

En este ámbito de cambio de pensamiento procede resaltar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) posee una norma que establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano, y por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños y adolescentes². Esto, unido al artículo 19 referente a los derechos del niño, permitió que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros), sostuviera en su argumentación que “la razón de ser del artículo 19 de la Convención [Americana]³ radica en la vulnerabilidad de los niños y su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos”. Igualmente, afirmó que “mientras que las consecuentes responsabilidades de protección corresponden en principio a las familias, en el caso de niños en riesgo se requieren medidas que emanen del Estado”⁴ lo que revela que el *corpus iuris* aplicable a la niñez es cada vez más amplio.

La protección de los niños y adolescentes en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de su personalidad y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en esta función de brindar protección a los niños que forman parte de ella.

² Cfr. arts. 1 (1.1) y 3.

³ Cfr. art. 19.

⁴ Cfr. Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, fondo*, sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 185.

En esta investigación se sostiene que la importancia de la Convención del Niño es enorme por las razones expuestas, y porque aclara el significado de prácticamente toda la gama de derechos humanos para los niños y adolescentes; establece un Comité Internacional de Expertos especializados en los derechos del niño, con nuevas competencias para la promoción de tales derechos, todo lo cual ha generado no sólo una modificación en el pensamiento hacia la concepción del niño, sino también una serie de cambios en todo el aparato estatal.

Se pretende alcanzar los siguientes objetivos:

1. Dar a conocer la importancia de la Convención sobre los Derechos del Niño en el cambio de paradigma respecto del niño, a partir de su promulgación.
2. Resaltar que los niños, debido a su especial situación de vulnerabilidad, necesitan una protección especial, lo cual ha implicado modificaciones en la legislación interna.
3. Dar a conocer la importancia del acceso a la justicia de los niños y adolescentes en el marco del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH).

1. La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma

Un correcto análisis de la protección de los derechos del niño no debe centrarse únicamente en la Convención del Niño, sino que debe abarcar todos aquellos instrumentos que brindan algún aporte a la materia.

En este sentido se debe tomar en consideración la CADH, que no define el término “niño”. Por lo tanto, conforme lo prevé el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el SIDH aplica el concepto establecido en el derecho internacional, concretamente en el artículo 1 de la Convención adoptada en 1989 por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), que define como niño a “todo ser humano menor de 18 años

de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”⁵. En consecuencia, tal y como lo estableció el Comité de los Derechos del Niño (Comité del niño), los adolescentes hasta los 18 años de edad son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención del Niño, tienen derecho a medidas especiales de protección y, en consecuencia, con la evolución de sus facultades, pueden ejercer progresivamente sus derechos.

Esta definición es reafirmada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que estableció en la Opinión Consultiva No. 17 que “tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido los 18 años de edad”⁶.

La Convención del Niño ha desencadenado un proceso de reforma que ha pretendido, en primer lugar, reconstruir las imágenes de la infancia, y con ello, modificar las relaciones del Estado y de los adultos con los niños; su fuerza es evidente en las reformas en las diferentes legislaciones con el fin de adaptarlas a este instrumento, y es resaltado por la determinación de la Corte IDH de considerarla como fuente de derecho para sus decisiones, aún cuando se trata de un instrumento promulgado por la ONU. Al respecto en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala se expresó que “tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a [la] Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”⁷.

Finalmente, en materia de niñez existe un marco jurídico omnicomprendivo de derechos humanos, que se nutre de los instrumentos y la

⁵ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 4, *La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño*. 33º período de sesiones, 19 de mayo a 6 de junio de 2003.

⁶ Cfr. Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 42.

⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle”*... párr. 194.

jurisprudencia internacional que existe sobre la materia independiente del sistema internacional del cual se emite.

a. Doctrina de la situación irregular. Implicaciones

El fundamento de esta doctrina radica en que la categoría “infancia” no designa un campo social homogéneo, ya que en su interior se producen grandes diferencias entre los que tienen acceso a las condiciones de vida mínimas y los que no. Estos niños excluidos, considerados “los demás” se transforman en “menores” y en el objeto principal de esta doctrina. Para ellos se construye todo un aparato institucional que abarca legislación, instituciones, juzgados y demás.

El “problema de los menores” se llevó a la judicialización en los diferentes países principalmente por la falta de recursos, lo que generó la promulgación de normas de carácter ambiguo e indeterminado que permitió su consolidación como compartimiento “estanco y variable independiente del desarrollo socio-económico y de las políticas sociales”⁸.

La década de los 80, caracterizada por el crecimiento de la pobreza y la retracción relativa del gasto estatal, especialmente el destinado a los sectores más vulnerables, provocó un crecimiento de la infancia excluida, el que se manifestó en la figura de los “niños de la calle” que a su vez, provocó que la orientación de la política social fuera la que tiene como objetivo prioritario ejercer el control social de los menores; ello se tradujo en la facultad discrecional de la justicia para declarar el abandono material o moral del menor. “[S]e abandona la distinción entre menores delincuentes, abandonados o maltratados”, los cuales en este marco pueden ser objeto de las mismas medidas, [esto] conlleva a que el sistema sea un ‘padre vigilante’”⁹.

Lo anterior, implica que no existía una preocupación explícita por las causas que originan la “irregularidad” y de allí que lo que se enfatice sea la atención protectora y rehabilitadora, siendo ajeno a esta teoría la acción preventiva.

⁸ Cfr. Laje, María Inés, “Los menores de ayer-los niños de mañana”, en <<http://www.biblioteca.clasco.edu.ar/>>, disponible al 2 de agosto de 2010.

⁹ *Ibidem*.

El eje central del discurso tutelar es la idea de hacer el “bien” a los niños y adolescentes, quienes necesitan de la intervención irrestricta, sin límite, por parte de los adultos para lograr su adecuado desarrollo; esta idea de “bien” siempre recibía el contenido por parte del adulto. Se estereotipa a los niños como incapaces, necesitados de “tutela”, lo que genera una idea errónea hacia esta población, que se traduce en relaciones verticales con el adulto.

En consecuencia, el derecho tutelar de menores recurre a las características personales, familiares y sociales de los adolescentes para el caso del derecho penal, y de los niños en general para justificar la aplicación de las “medidas”, más que en el haber cometido un hecho delictivo.

Por último, debe considerarse que este sistema considera a los niños y adolescentes como objeto de tutela, no así como sujetos de derechos, lo que relativiza la vigencia de los derechos, pues no se contemplaba que éstos fueran aplicables a este grupo de personas.

b. Doctrina de la protección integral. Implicaciones

La tendencia en los instrumentos sobre derechos de los grupos vulnerabilizados es incorporar en un solo instrumento todos los derechos fundamentales, cualquiera que sea su naturaleza; la Convención del Niño tomando esta línea de acción, abarca todos los derechos fundamentales del niño, independientemente de su categoría. Sin embargo, reduce sus objetivos a la eliminación de la discriminación.

Hemos afirmado que la entrada en vigor de la Convención del Niño introduce una nueva visión de la infancia que genera un cambio en su relación con los adultos y con el Estado. Esta nueva visión es lo que se conoce como “doctrina de la protección integral”, que se enfoca en el interés superior del niño y tiene su fundamento en la dignidad del ser humano, en las características propias de los niños y adolescentes, y en la necesidad de propiciar su desarrollo con el máximo aprovechamiento de sus capacidades y su naturaleza.

Este principio se encontraba establecido en el artículo 2 de la declaración de los Derechos del Niño de 1959, que establecía que “el niño gozará de una protección especial... al promulgar leyes la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Es reiterado a su vez en el artículo 3 de la Convención del Niño que establece que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social... una consideración principal a que se atenderá será el interés superior del niño”.

La Convención del Niño alude a la protección del niño desde el parámetro de este principio como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los demás derechos contemplados en ella, lo que permitirá en conjunto que el niño desarrolle al máximo sus potencialidades. En razón de lo anterior, la Corte IDH declaró

...que la expresión interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los derechos del niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño¹⁰.

Se supera la idea de incapacidad de los niños para asumir responsabilidad. Así como se reconocen los derechos de los niños, se entiende que ellos tienen deberes y que su incumplimiento conlleva responsabilidades, como en el caso de los adultos. La base de este sistema se concentra en la protección de derechos, más que en la protección de personas, lo que elimina el peligro de una selección que estigmatice y segregue a aquellos más desfavorecidos; se trata de una protección más objetiva que reduce las posibilidades de discriminación.

En conclusión, se reconoce la condición de personas a los niños y adolescentes, se disminuye la posibilidad de manipulación del derecho por parte del poder debido a que está limitado por los derechos fundamentales de toda persona y se atiende a las necesidades del niño, más que a las del Estado.

¹⁰ Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

2. Los niños: especial situación de protección

Los derechos fundamentales aseguran posiciones *prima facie*, que deben ser realizadas en la mayor medida posible ya que se trata de mandatos de optimización, según lo permita la condición concreta. A su vez, estos derechos generan deberes correlativos para terceros y para el Estado, se crea una expectativa de comportamiento de los demás frente a estos derechos¹¹.

Como los derechos fundamentales no son razones definitivas, pueden ser desplazados por las razones que representan otros principios, sin que por ello pierdan su vigencia. Pero para que este desplazamiento se produzca es indispensable que frente a una situación concreta, los principios opuestos a la protección de un determinado derecho fundamental tengan un peso mayor que este último, es decir, en una situación dada sea más importante para la sociedad proteger aquellos en contra de éste. De acuerdo con lo establecido por el ordenamiento jurídico respectivo, esto se conoce como “relación condicionada de precedencia”.

El artículo 19 de la Convención Americana establece 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”. Este artículo define una esfera de protección especial de los derechos humanos de los niños, que conlleva la existencia de obligaciones especiales, complementarias y adicionales de protección a cargo de los Estados. Esta esfera de protección especial tiene su fundamento en las condiciones especiales del niño como sujeto de derecho, aunado a la vulnerabilidad a la que está expuesto el niño, así como su dependencia de los adultos para el ejercicio de algunos derechos, el grado de madurez, su desarrollo progresivo y el desconocimiento de sus derechos humanos y de los mecanismos de exigibilidad, que no permite ubicarlo en una situación similar a la de los adultos y que por tanto justifica la adopción de medidas especiales.

¹¹ Cfr. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Manual autoformativo en acceso a la justicia y derechos de la niñez y adolescencia en Centroamérica*. San José, 2008, pág. 25.

Al respecto, es importante resaltar que la Corte IDH ha señalado reiteradamente que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a los derechos humanos son niños¹², conforme lo prevé la CADH y numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, entre los cuales destaca la Convención del Niño, que hace recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños bajo su jurisdicción¹³. Asimismo, ha señalado que las disposiciones de la Convención Americana permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las medidas de protección a que alude el artículo 19 de dicho instrumento.

La Convención del Niño contiene una serie de disposiciones relativas a la protección especial de los niños, principalmente en los artículos 2, 3, 4, 19, 28 y 37 y de este conjunto de disposiciones se desprende que los Estados, la sociedad y la familia deben prevenir y evitar por todos los medios posibles, toda forma de violencia, discriminación y prácticas tradicionales nocivas para su integridad personal¹⁴. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que “la adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece”¹⁵.

La Corte Europea de Derechos Humanos, haciendo alusión a los artículos 19 y 37 de la Convención del Niño, ha reconocido el derecho del niño a ser protegido contra interferencias de actores no estatales;

¹² Cfr. Corte IDH, *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 134; *Caso niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*... párr. 64; *Caso Bulacio vs. Argentina, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100 párr. 100.

¹³ Cfr. Corte IDH, *Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri*, sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 162; *Caso Bulacio*... párr. 133; *Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros)*..., párr. 188.

¹⁴ Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 8, *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)*. 42º período de sesiones, Ginebra, 15 de mayo a 2 de junio de 2006.

¹⁵ Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*... párr. 62.

además, ha reconocido que si los niños han sido descuidados por sus padres y carecen de medios para afrontar sus necesidades sociales básicas, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos¹⁶.

En conclusión, no existen derechos absolutos, siempre deben ser objeto de ponderación en cada situación concreta, más aún tratándose de niños y adolescentes por su situación particular, y ello permite, en atención a sus especiales necesidades, una adecuada tutela de sus derechos.

a. El contexto de violencia y riesgo social

La Corte Interamericana ha tratado el tema de la violencia en contra de las personas menores de edad en riesgo social, como un patrón sistemático donde han sido víctimas de funcionarios o de particulares, y en el cual aparece la estigmatización de la pobreza y el riesgo social como un parámetro para suponer que las personas menores que se encuentran en estas condiciones son indiscutiblemente delincuentes. Al respecto el Tribunal advirtió que

...en atención al principio de igualdad ante la ley y no discriminación, el Estado no puede permitir por parte de sus agentes, ni fomentar en la sociedad prácticas que reproduzcan el estigma de que niños y jóvenes pobres están condicionados a la delincuencia¹⁷.

Advierte la Corte IDH que esta estigmatización crea un ambiente propicio para que los menores en riesgo social se encuentren en una amenaza latente, y que su vida y libertad sean ilegalmente restringidas.

La mayor parte de los artículos de la Convención del Niño dedicados a la definición de los derechos y libertades del niño, tratan

¹⁶ Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 90, citando a la Corte Europea, caso Z y otros vs. El Reino Unido, sentencia de 10 de mayo de 2001, párrs. 73-75.

¹⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 244; *Caso de la masacre de Mapiripán vs. Colombia, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 152, y *Caso "Instituto de Reeducción del Menor" vs. Paraguay. excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, párr. 147.

de obligaciones del Estado hacia el niño sin referirse al papel de la familia. No obstante, algunos artículos son dedicados a diversos aspectos de la relación entre Estado, familia y niño, explicitando el papel de la familia en cuanto coresponsable con el Estado en la realización de algunos de los derechos del niño, trazando los límites de la autoridad paterna y materna frente a la autonomía y bienestar del niño, y finalmente definiendo las responsabilidades del Estado en la tutela de esos límites.

El artículo 5 establece un principio general que constituye la piedra angular de la Convención del Niño. “Las responsabilidades, los derechos y los deberes” de los padres hacia el niño, según este principio, son dobles: por una parte, han de permitirle ejercer los derechos reconocidos en dicho tratado, y por otra, han de proporcionarle la “dirección y orientación apropiadas” para su ejercicio. Ambas funciones, la permisiva y la orientadora, deben ser acordes a la “evolución de las facultades del niño”.

La obligación principal del Estado de acuerdo con este artículo, es la de respetar esta dinámica entre los padres y los hijos. El Estado también tiene la obligación de ayudar a los padres en el cumplimiento de sus responsabilidades.

El problema de la “aplicación” o puesta en práctica de los instrumentos internacionales de derechos humanos es a veces, conceptualizado exclusivamente en términos jurídicos, la revisión de la legislación nacional con el fin de asegurar su compatibilidad o eventualmente la incorporación del instrumento internacional a la normativa interna en forma directa, de manera que los tribunales nacionales velen por su cumplimiento. Por más importante que sea la incorporación de tales instrumentos a la normativa interna de los países, su valor moral y político es de igual o mayor importancia. Por una parte, legitima las aspiraciones populares y sirve como marco de referencia para la evaluación del empeño y de los programas de todo gobierno, independientemente de las ideologías. Por otra parte, como instrumento que afirma y codifica valores universales, se presta a esfuerzos de concientización y capacitación a nivel sectorial, local o popular.

Finalmente, la confirmación del estado del niño como sujeto de los derechos fundamentales de la persona humana, por ejemplo, tiene consecuencias que trascienden ampliamente el ámbito jurídico. El reconocimiento de esa condición de sujeto de derechos constituye el punto de partida de todo esfuerzo de reflexión y concientización relativos al niño y su lugar en la sociedad, su relación con los adultos. Es el punto de partida para tratar este tema.

b. Principio de no discriminación e igualdad. Implicaciones

La discriminación sigue existiendo en nuestro medio. Pese a los mecanismos de protección y garantía de los derechos humanos de los cuales hemos venido hablando, la población infantil no es ajena a esta situación, y miles de niños y niñas en el mundo ven cómo sus derechos son violados, lo que les coloca sin duda alguna en una situación de vulnerabilidad aún mayor. La discriminación se manifiesta en el trato individual, pero también se revela en la situación de desventaja y subordinación que padecen grandes grupos de niños y niñas, originada en causas diversas.

En razón de lo anterior, se afirma de forma reiterada que los esfuerzos de los Estados y sus instituciones, así como de la población civil en general, deben orientarse a garantizar la condición de ciudadanos de los niños, ya que en situaciones de discriminación queda como mucho en una mera ilusión, olvidando que los niños y niñas tienen derecho a gozar y ejercer esa condición de ciudadanía.

La discriminación como fenómeno social implica desigualdad, falta de oportunidades, una menor calidad de vida, falta de participación, entre otros. Es claro por ende, que se trata de un fenómeno que puede ser fácilmente descrito como un “círculo vicioso” en el cual está población queda atrapada. Debido a ello, se deben intensificar los esfuerzos por romper con este círculo y lograr así mejoras verdaderamente significativas en la vida de la población menor mundial.

El principio de no discriminación se reafirma en la materia del niño ya que está consagrado en la Convención del Niño. Se trata de un principio transversal, lo que quiere decir que se puede encontrar

en sus diferentes manifestaciones a lo largo de todo el instrumento internacional en mención. Este es un principio general que involucra dos derechos: la no discriminación por cualidades del niño, y la no discriminación por cualidades de los padres. Se encuentra en el artículo 2 de la Convención del Niño y cuenta con dos partes: en la primera se encomienda a los Estados aplicar la Convención

...sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, sus padres o de sus representantes legales.

La segunda parte establece que

...la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de los padres o tutores de las personas menores de edad tampoco podrán usarse como razones para un trato discriminatorio.

Este artículo resalta el vínculo indisoluble entre este principio y el de igualdad, debido a que hace un llamado a la no discriminación en términos muy amplios, y fortalece la idea de que los niños son personas en desarrollo y que por ende, requieren una protección especial frente al adulto. Cabe resaltar que la Convención del Niño por primera vez hace una prohibición expresa de la discriminación basada en el origen étnico de la persona y aquella fundamentada no sólo por características del niño sino en las características de sus padres o tutores.

Tratándose de niños y niñas, se debe tener presente que el modelo de igualdad que se aplique debe utilizar lo que se conoce como “norma de tratamiento igualitario”; debe tratarse de un modelo que entienda que todas las personas son titulares de derechos y por lo tanto, destinatarias de diferentes regulaciones que para su protección se ha establecido, pero que a la vez, promueva una protección o trato diferente cuando éste se encuentra razonablemente justificado, según lo expresado líneas atrás.

El punto de partida es el tratamiento igual de todas las personas, entre ellas los niños y niñas, que se expresa en “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”. El principio es por tanto que

todos somos iguales en derechos, por lo que la carga argumentativa, su fundamentación o justificación, es la que debe tener un trato diferente¹⁸.

Este tratamiento diferente en la carga argumentativa implica que siempre debe existir una razón que justifique de forma suficiente ese trato diferenciado, caso contrario debe prevalecer el trato igualitario. Es importante tener esto claro, debido a que ello nos lleva a afirmar que todos los instrumentos internacionales de derechos humanos en general son de aplicación para los niños y niñas, ya que están dirigidos a proteger a la persona. Sin embargo, ello no es obstáculo para que adicionalmente a dichos instrumentos se creen otros específicos para esta población, con mecanismos de protección especiales, como es el caso de la Convención del Niño.

El SIDH no cuenta con un instrumento normativo específico sobre discriminación, pero existen muchas cláusulas en las normas interamericanas que permiten un tratamiento adecuado y efectivo para combatirla. Estas cláusulas plasman el compromiso de los Estados partes de garantizar los derechos reconocidos en las distintas convenciones “sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”¹⁹.

En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley, se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. Los Estados partes se comprometen a no introducir en sus ordenamientos jurídicos regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley, con base en las garantías y derechos estipulados en la CADH²⁰.

¹⁸ Cfr. IIDH, *Manual autoformativo en acceso a la justiderechos de la niñez y adolescencia en Centroamérica...* pág 26.

¹⁹ Cfr. art. 1.1 CADH.

²⁰ Cfr. Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 185; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18 párr. 88; *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 44; y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54.

La Corte IDH ha afirmado que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, ya que no toda distinción de trato debe considerarse ofensiva por sí misma. Existen desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, algunas desigualdades pueden estar orientadas a fortalecer a los sectores más débiles de la sociedad²¹.

En un sentido muy específico el artículo 24 de la CADH consagra el principio de igualdad ante la ley, la prohibición general de no discriminación que se establece en el artículo 1.1 se ve extendida al derecho interno de los Estados partes. De acuerdo a lo anterior, la Corte, en la opinión consultiva OC-4/84, estableció que al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, no “toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”²².

En la opinión consultiva OC-17/02 se señaló que “sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable”²³.

Tras mencionar la exigibilidad inmediata que establece la Convención del Niño, cabe preguntarse ¿se supervisa la actuación de los Estados? La respuesta es afirmativa. La Convención del Niño establece todo un sistema de vigilancia de las acciones estatales por medio del mecanismo de verificación oficial creado en el artículo 44 del instrumento, por el cual los Estados deben presentar informes oficiales periódicos, los cuales se realizan mediante el Secretario General de las Naciones Unidas ante el Comité de los Derechos del Niño. El Comité sobre los Derechos del Niño puede a su vez pedir a los Estados partes más información relativa a la aplicación de la Convención del Niño. Aunado a lo anterior, el artículo 45 establece que los organismos especializados tienen derecho de presentar información

²¹ Cfr. Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua...* párr. 185; *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...* párr. 88;

²² Cfr. Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización...* párr. 55.

²³ Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párr. 50.

al Comité con el fin de darle un mayor conocimiento sobre los temas en los cuales se especializan.

Con los datos obtenidos de la información brindada por los Estados o por los entes especializados, el Comité dicta recomendaciones finales a los Estados, las cuales no son vinculantes y su peso es simplemente moral, ético y político.

Estos dos principios están a su vez relacionados con el de exigibilidad inmediata, lo cual supone que su realización y en general de todos los derechos consagrados en la Convención del Niño, debe ser inmediata, sin esperar que el Estado por voluntad los incorpore paulatinamente en las políticas públicas y sociales. Se trata no de un acto voluntario del Estado, sino de un deber, lo cual ha sido reiteradamente afirmado por la Corte IDH.

En la opinión consultiva OC-4/84 el Tribunal interpretó que:

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 [incluidos] en tal situación de inferioridad²⁴.

La Corte establece una excepción a la regla anterior, en el sentido de que

...al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, es importante hacer referencia a lo señalado por [el] Tribunal en el sentido de que no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Pueden establecerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran²⁵.

²⁴ Cfr. Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización...* párr. 55.

²⁵ Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados...* párr. 89.

Pero este tema también ha sido tratado en el marco de la función contenciosa del Tribunal, en el Caso Yatama vs. Nicaragua, señaló que

...en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico²⁶.

c. Autonomía progresiva

Se refiere a la posibilidad que tienen los niños de ejercer de manera autónoma sus derechos, pero sin llegar a poner en duda que son titulares de derechos, al igual que cualquier persona adulta. Se trata de reconocer que para el ejercicio de los mismos puede ser necesario el apoyo de los padres, encargados o en su defecto del Estado, para un correcto ejercicio.

Esta autonomía es expresada en la Convención del Niño en el artículo 5 que la regula como un principio que dispone que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de la evolución de sus facultades, y a los padres o encargados les corresponde brindar orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención del Niño.

Consecuencia de lo anterior es el reconocer como un interés de la Convención del Niño el proteger el desarrollo de los niños en el ejercicio autónomo de sus derechos, y asignar como correlativa la responsabilidad a los padres o encargados así como al Estado. Por esto, es usual que existan normas con diferencias en el ejercicio autónomo de los derechos entre los niños y los adolescentes, ya que a éstos últimos se les reconoce algunas capacidades en razón de su edad y desarrollo.

Finalmente, este principio de autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos resulta fundamental para efectos de determinar la capacidad procesal de los niños y adolescentes.

²⁶ Cfr. Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua...* párr. 184.

3. Administración de justicia: participación como sujeto de derecho

El sistema de justicia es uno de los componentes esenciales de cualquier sistema de protección de derechos, ya que es el medio que permite asegurar la efectiva vigencia de los mismos. No obstante, el sistema de protección de derechos va más allá de la administración de justicia ya que involucra a todas las instituciones de un país en la medida que se trata de una protección integral. El acceso a la justicia de los niños y adolescentes debe considerarse desde los diferentes posiciones en que ellos pueden encontrarse frente a la administración de justicia.

a. La capacidad procesal de los niños

El artículo 12 de la Convención del Niño establece el principio de participación de los niños en los procesos que sean de su interés, y es la base jurídica que determina la capacidad jurídica para actuar directamente de los menores e independientemente en los procesos judiciales. Este artículo otorga el derecho a expresarse en cualquier proceso en que puedan verse afectados los intereses de los niños y niñas, opinión que debe valorarse de acuerdo a la edad y madurez del niño y la niña.

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

Ahora bien, la base para este reconocimiento procesal se encuentra en la propia Convención del Niño, de la cual se puede extraer que en cualquier proceso en que se puedan ver afectados los derechos de una persona menor de edad, a esta se le debe conceder la oportunidad de

expresar su opinión, la que debe a su vez ser valorada por el juez de acuerdo a la edad y la madurez del afectado. El punto de discusión en este momento es que la definición de cuando un niño puede ejercer por sí mismo sus derechos no lo establece la Convención del Niño, sino que lo deja en manos del derecho interno. El problema radica en que algunas veces la edad que se reconoce para establecer este tipo de derecho no coincide en todas las materias; por ejemplo, puede darse el caso que la edad para actuar en el ámbito penal y familiar sean diferentes, aunque no existen verdaderas razones para hacer este tipo de diferencia.

Este análisis es concordante con el principio de formación integral de los niños que contempla la misma Convención del Niño, así como con la idea de que la negación de derechos es contraria a cualquier idea formativa.

b. Necesidad de especialización

El principio de especialidad se encuentra en la Convención del Niño en el artículo 40, el cual alude a que los Estados deben crear leyes, procedimientos y órganos especializados para los niños.

Al respecto, se puede extraer de este artículo que la especialidad es consecuencia de la obligación de trato diferente que asumen los Estados con la Convención del Niño, siempre y cuando existan razones suficientes para ello, según se ha analizado. Este criterio ha sido reiterado por la Corte Interamericana.

Entre la normativa especial que se ha venido creando a raíz del fenómeno de concientización de los niños como sujetos de derechos y que desembocó en la Convención del Niño, podemos citar una serie de instrumentos que poseen importancia suprema en el tema de la justicia para los niños.

Normativa internacional

El 28 de noviembre de 1985, por medio de la resolución 40/33, la Asamblea General de la ONU adoptó las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores*, mejor conocidas como “Reglas de Beijing”. En la primera parte de las

Reglas de Beijing se enumeran los principios generales que orientan su aplicación,

...la justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad.

En los comentarios a esta norma se indica

...estas orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores.

Otros aspectos relevantes de las reglas son: la inclusión del principio de igualdad, brindar una definición de menor –que leída en forma conjunta con la Convención del Niño, permite comprender que se habla de menor justiciable y no de menor en general– y, en la regla 5, los objetivos de la justicia de menores, al establecer que

...el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito.

Así, en la norma anterior se plasma el fomento del bienestar del menor como objetivo prioritario, y el principio de proporcionalidad.

Órganos especializados

Consecuencia evidente de la obligación de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a ellos y un procedimiento especial por el cual se conozcan estas infracciones a la ley²⁷.

²⁷ Cfr. Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay...* párr. 210.

Respecto de la creación de instituciones específicas, se trata de la creación de diferentes instancias dedicadas a atender a los niños tanto en lo que a su responsabilidad respecta como a sus derechos. Adicionalmente, también se hace referencia a la creación de procedimientos específicos.

Sobre este aspecto la Corte IDH se pronunció en la opinión consultiva OC-17/02, en el sentido de que

...la administración de justicia debe estar a cargo de un juez natural, competente, independiente e imparcial, de conformidad con el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, al decidir sobre controversias o situaciones que involucren niños y adolescentes, debe buscar preservarse la especialidad de los organismos encargados de esta tarea²⁸.

En lo que se refiere a los derechos del niño protegidos en la Convención, la Corte ha establecido que

...los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona²⁹.

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad³⁰.

Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad³¹.

28 Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño...*

29 Cfr. *Ibidem*, párrs. 53, 54 y 60; *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana...* párr. 133, y *Caso Servellón García y otros vs. Honduras, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 113.

30 Cfr. Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño...* párrs. 56, 57 y 60, y *Caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana...* párr. 134.

31 Cfr. Corte IDH, *Caso de la masacre de las Dos Erres vs. Guatemala, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 24 de noviembre de 2009 Serie C No. 211, párr. 184.

Exclusividad es la creación de órganos dedicadas específicamente a administrar justicia, en este caso, en materia de niñez y adolescencia, excluyéndose así toda otra materia. Es la traducción de los esfuerzos de los Estados por cumplir con el principio de especialidad y con el compromiso asumido en la Convención del Niño.

A modo de ejemplo podemos citar el caso de Costa Rica, en el que los juzgados de familia conocen de toda acción u omisión que constituya amenaza o violación de los derechos de las personas menores de edad, salvo lo relativo a la materia penal³², y los juzgados penales juveniles conocen sobre los hechos ilícitos cometidos por adolescentes, según lo establecen los artículos 28 y 29 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

Al respecto, en Costa Rica por medio de la Ley 7739 se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia. Este instrumento nos permite ejemplificar el impacto de la Convención del Niño en la legislación nacional costarricense y nos brinda la oportunidad de concretar todo lo dicho arriba.

El Código define al niño como “toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho”³³. Establece, la norma transcrita que en caso de duda, prevalece la condición de adolescente por sobre la adulto, y la de niño frente a la de adolescente.

Asimismo, establece que las normas del Código se aplicarán sin distinción alguna; se reafirma aquí el principio de igualdad y no discriminación contenido en la Convención del Niño. En este sentido, se trae al derecho interno otra norma internacional, como lo es el interés superior del niño contemplado en el artículo 5.

Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

³² *Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 7739, Costa Rica*, primera edición. Patronato Nacional de la Infancia, San José, 1998, art. 116.

³³ *Ibidem*, art. 2.

La determinación del interés superior deberá considerar:

- a. su condición de sujeto de derechos y responsabilidades;
- b. su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- c. las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve, y
- d. la correspondencia entre el interés individual y el social.

La norma transcrita refleja claramente la influencia de la Convención del Niño en la normativa costarricense: se plasma el principio rector del interés superior, la condición de sujeto de derechos del niño y la autonomía progresiva del menor. Aún más, en el artículo 8, que establece la jerarquía normativa expresamente, se indica que las normas del Código se deben aplicar e interpretar de conformidad con la Constitución y la Convención del Niño.

En el segundo título, que se refiere a los derechos y obligaciones, se evidencia un cambio en la concepción de la niñez ya que

...se visualiza [a] este grupo de población dentro de la aplicación de los derechos humanos. Es así como se le reconoce la libertad de expresión, creencias, de culto, de tránsito. Igualmente se le permite la libertad de asociación y el derecho de información. En el campo de la justicia, se le abre la posibilidad de acceder a la misma. Aspecto que anteriormente le estaba vedado o sumamente restringido³⁴.

Este derecho de acceso a la justicia se enmarca en el derecho de denuncia que tienen los menores de “denunciar una acción cometida en su perjuicio”³⁵, así como el respeto de la opinión de los menores en los procesos, tomando en cuenta su madurez emocional; en el artículo 107 se establece una lista de derechos que el menor posee en los procesos.

Finalmente, el Código crea un proceso especial de protección en el capítulo segundo, de naturaleza administrativa, con el fin de proteger el interés superior del menor; está a cargo del Patronato Nacional de la Infancia y se refiere a casos relacionados con acciones u omisiones del

³⁴ Campos Zúñiga, Mayra y Omar Vargas Rojas, *Derechos humanos de las personas menores de edad en el ordenamiento jurídico costarricense*. Publicación conmemorativa del XXV aniversario del Ministerio Público. San José, Costa Rica, pág. 393.

³⁵ *Código de la Niñez y la adolescencia*, art. 104.

Estado, de los padres, tutores o encargados, que puedan causar daño a un menor. Con este procedimiento se ejemplifica la especialización que la Convención del Niño ordena a los Estados partes.

Producto de este mandato de especialización contenido en la Convención del Niño, en Costa Rica, se aprueba la Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley No. 7576 de 30 de abril de 1996. Está normativa concretiza legalmente el cambio de la concepción tutelar a la aplicación de la protección integral³⁶.

La Ley Penal Juvenil comienza estableciendo que se aplica a todas las personas cuya edad está comprendida entre los doce y menos de dieciocho años. No hace una distinción entre niño y adolescente, para ello se debe recurrir al Código de la Niñez y a la propia Convención del Niño. Señala la ley que los menores de doce años no son objeto de la misma, en otras palabras no tienen responsabilidad penal.

El principio de interés superior del niño aparece establecido en el artículo 7 como un principio rector, en el sentido de que “se debe considerar lo que es más conveniente para la reinserción familiar y social del joven... que lleva a diferenciar el derecho penal juvenil del derecho penal de adultos”³⁷.

Establece la Ley Penal Juvenil una serie de derechos y principios que pretenden crear un *corpus juris* sólido en materia de justicia penal juvenil. Se crea, en síntesis, una ley que separa a los adolescentes de los adultos en materia penal, teniendo en cuenta lo establecido por instrumentos internacionales, dentro del cual domina sin duda alguna, la Convención del Niño.

No está de más mencionar que producto de los mismos cambios iniciados por la Convención del Niño, se crean leyes especiales para cumplir con sus múltiples mandatos, entre las que está la Ley contra la explotación sexual de las personas menores de edad.

³⁶ La Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores, mantenía una tendencia “proteccionista”, en la que el sujeto sometido al proceso era considerado un objeto de protección, más que un individuo con derechos y obligaciones. Campos Zúñiga, Mayra y Omar Vargas Rojas, *Derechos humanos de las personas menores de edad...* pág. 61.

³⁷ *Ibidem*, pág. 406.

Finalmente, cabe mencionar que la mera dedicación exclusiva no conlleva la satisfacción plena del principio de especialidad, por ello es necesaria además una adecuada capacitación de las autoridades competentes.

c. Asesoría jurídica y defensa

Se trata de un derecho previsto a nivel internacional, es el derecho a contar con un abogado en todo proceso judicial y es a su vez un requerimiento indispensable del acceso a la justicia.

Al respecto, debe entenderse que este es un requerimiento que debe cumplirse también en el caso de los niños en cualquier posición procesal en que se encuentren, ya sea como demandado, actor o como denunciante. Lo anterior es aún más necesario en este caso, ya que se trata de personas que no cuentan con el conocimiento de la administración de justicia, la mayoría de las veces en razón de su edad.

Aunado a lo anterior, cabe resaltar que las

...secuelas de la doctrina de la situación irregular, en donde el adolescente se encontraba en una condición de desprotección de sus derechos y garantías fundamentales, deben fortalecer la idea de otorgar al adolescente la respectiva asesoría jurídica para enfrentar el proceso³⁸.

En los procesos donde se encuentren involucrados menores, de acuerdo a todo lo que se ha mencionado anteriormente, se deben aplicar una serie de instrumentos internacionales en caso de que la regla no se encuentre ya incluida en la normativa interna del país.

Al respecto las mencionadas Reglas de Beijing brindan una serie de normas que deben ser aplicadas en dichos procesos de menores, en especial las contempladas en la segunda parte dedicada a la investigación y procesamiento, algunas de las cuales sirven para cerrar este apartado:

- a. notificación inmediata al padre o tutor cada vez que un menor sea detenido;

³⁸ IIDH, *Manual autoformativo en acceso a la justicia y derechos de la niñez y adolescencia en Centroamérica...* pág. 82.

- b. examen del caso por parte del juez de forma inmediata, con el fin de decidir la libertad del menor;
- c. la prisión preventiva se concibe como último recurso y durante el plazo más breve posible;
- d. se prefieren las medidas sustitutivas a la prisión.

Conclusiones

A lo largo de los años el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha venido desarrollando, producto de ello es el principio de respeto a la dignidad humana de la persona independientemente de su condición; es por ello que toda persona, cualquiera sea su situación y la circunstancia en la que se encuentra, tiene derecho a la dignidad. Este principio, que resulta fundamental en el tema de los niños y su acceso a la justicia, es invocado por la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y en la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959.

Si se realiza un pequeño “viaje” por la evolución de los derechos del niño, se puede concluir que en los últimos años los esfuerzos por reivindicar los derechos de los niños y niñas se centraron básicamente en lograr que se les considere personas, bajo la misma condición de cualquier persona adulta.

Una fase posterior fue la de lograr que en materia de niñez, cuando existe una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, éste debe hacerse. Según esta línea de argumentación, el tratamiento igualitario rige en principio, por lo que no es necesario ningún tipo de fundamentación adicional para su aplicación; pero esto no procede con la norma de tratamiento diferente, que no sería jurídicamente aplicable si no existe una razón que así lo ordene.

La Convención del Niño representa un esfuerzo de reafirmación y de consolidación de los derechos del niño. Su importancia es doble. Jurídicamente, se reafirman una amplia gama de derechos fundamentales que eliminan cualquier duda que pudiese subsistir con respecto al lugar del niño en el derecho internacional de los derechos humanos: no es el mero objeto del derecho a una protección especial,

sino sujeto de todos los derechos reconocidos por la normativa internacional como “derecho de toda persona”; socialmente, se plasman en un solo instrumento los compromisos que los Estados partes han adquirido.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido determinante en esta materia. Los casos en los que el tema ha sido tratado son prolíficos en cuanto a la profundidad y claridad con que el mismo es estudiado, por cuanto la Corte se ha pronunciado en forma concisa sobre aspectos medulares relacionados con la protección y el acceso a la justicia de los niños al tratar el artículo 19 de la CADH y en el ejercicio de su función consultiva. El Tribunal ha sido firme en su idea de ir poco a poco ampliando el *corpus juris* de protección de los derechos del niño, por cuanto no se limita solo a la Convención Americana sino a otros instrumentos, como la Convención del Niño.

Finalmente, la Convención del Niño ha representado en las legislaciones y en el pensamiento jurídico y social en general, un verdadero punto de transición. Sus aportes son muchos y valiosos pero sin duda, el más grande de ellos es el cambio de la idea de que los niños son objeto de derechos a la de que son sujetos de derechos.

